

Grensen mellom straffrie fordeler og straffbar korrupsjon

– en vurdering av den rettslige standarden ”utilbørlig
fordel” i straffeloven § 276 a.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 628
Leveringsfrist: 25.11.2009

Til sammen 17 450 ord

24.11.2009

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Tema for oppgaven | 1 |
| 1.1.1 | Problemstilling | 2 |
| 1.1.2 | Avgrensning | 3 |
| 1.2 | Aktualitet | 4 |
| 1.2.1 | Internasjonale konvensjoner | 4 |
| 1.2.2 | Utvikling av rettsstanden nasjonalt | 5 |
| 1.3 | Legislative hensyn | 8 |
| 1.3.1 | Overordnede hensyn | 9 |
| 1.3.2 | Særlige hensyn i offentlig sektor | 10 |
| 1.3.3 | Særlige hensyn i privat sektor | 11 |
| 1.4 | Oversikt over den videre fremstilling av oppgaven | 14 |
| <u>2</u> | <u>BEGREPSAVKLARING</u> | <u>15</u> |
| 2.1 | Korrupsjon | 15 |
| 2.1.1 | Passiv korrupsjon | 16 |
| 2.1.2 | Aktiv korrupsjon | 17 |
| 2.2 | Bestikkelser | 17 |
| 2.3 | Facilitation payments | 18 |
| <u>3</u> | <u>JURIDISK METODE PÅ STRAFFERETTENS OMRÅDE OG RETTSKILDEBILDET TIL STRAFFELOVEN § 276 A.</u> | <u>20</u> |
| 3.1 | Lovtekst | 20 |
| 3.2 | Forarbeider | 20 |

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| 3.3 | Internasjonale konvensjoner | 21 |
| 3.4 | Rettspraksis | 22 |
| 3.5 | Reelle hensyn | 23 |
| <u>4</u> | <u>FORDELSBEGREPET</u> | <u>24</u> |
| 4.1 | Innledning | 24 |
| 4.2 | Definisjon av fordelsbegrepet – forarbeidene og konvensjonene | 24 |
| 4.3 | Tidligere rettstilstand | 25 |
| 4.4 | Avgrensning mot negative virkemidler | 26 |
| 4.5 | Økonomisk verdi | 27 |
| 4.6 | Objektiv eller subjektiv tolkningsnorm? | 29 |
| 4.7 | Fordelsbegrepets yttergrense | 32 |
| 4.8 | Tilegnelse av eiendomsrett | 34 |
| 4.9 | Unnlatelser | 35 |
| 4.10 | Konklusjon fordelsbegrepet | 37 |
| <u>5</u> | <u>UTILBØRLIGHETSBEGREPET</u> | <u>38</u> |
| 5.1 | Innledning | 38 |
| 5.2 | Utilbørighetsvilkåret som rettslig standard | 38 |
| 5.2.1 | Generelt | 38 |
| 5.2.2 | Begrepet ”utilbørilig” som rettslig standard | 39 |
| 5.2.3 | Forholdet til legalitetsprinsippet | 40 |
| 5.2.4 | Hvorfor er denne lovgivningsteknikken valgt? | 42 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 5.3 | Utilbørighetsterskelen | 43 |
| 5.3.1 | Utilbørighetsbegrepet og forholdet til den alminnelige rettsstridsreservasjonen | 43 |
| 5.3.2 | Et klart klanderverdig forhold | 44 |
| 5.3.3 | Ulike terskler for utilbørighet | 46 |
| 5.3.4 | Tidspunktet for utilbørighetsvurderingen | 49 |
| 5.4 | Avgrensning mot tilbørlige fordeler | 49 |
| 5.4.1 | Private fordeler | 50 |
| 5.4.2 | Andre fordeler | 51 |
| 5.5 | Relevante momenter i utilbørighetsvurderingen | 54 |
| 5.5.1 | Innledning | 54 |
| 5.5.2 | Momentene slik de fremgår av forarbeidene | 54 |
| 5.5.3 | Fordelens art og verdi | 55 |
| 5.5.4 | Formålet bak ytelsen | 59 |
| 5.5.5 | Overtredelse av interne retningslinjer og retningslinjer utarbeidet av bransjeorganisasjoner | 62 |
| 5.5.6 | Grad av åpenhet | 64 |
| 5.5.7 | Partenes stilling og posisjon | 65 |
| 5.5.8 | Tolkningsresultatet | 66 |
| 6 | <u>UTILBØRLIGHETSVURDERINGEN I INTERNASJONALE FORHOLD - SÆRLIG OM SÅKALTE "FACILITATION PAYMENTS"</u> | 67 |
| 7 | <u>KILDEREGISTER OG LITTERATURLISTE</u> | 68 |
| 7.1 | Lovregister | 68 |
| 7.1.1 | Norske lover | 68 |
| 7.1.2 | Konvensjoner og konvensjonsforarbeider | 68 |
| 7.1.3 | Lovforarbeider | 69 |
| 7.1.4 | Rettspraksis | 69 |
| 7.2 | Litteraturliste | 71 |
| 7.2.1 | Bøker | 71 |
| 7.2.2 | Artikler | 71 |
| 7.2.3 | Andre kilder | 72 |

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er å redegjøre for grensen mellom straffrie fordeler og straffbar korrupsjon. Rettslig grunnlag er *utilbørighetskriteriet* i den alminnelige straffebestemmelsen om korrupsjon i straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 (strl.) § 276 a.¹

Korrupsjonsbestemmelsen i § 276 a lyder følgende;

”For korrupsjon straffes den som

*a) for seg selv eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en **utilbørlig fordel** i anledning av stilling, verv eller oppdrag, eller*

*b) gir eller tilbyr noen en **utilbørlig fordel** i anledning av stilling, verv eller oppdrag.*

Med stilling, verv eller oppdrag i første ledd menes også stilling, verv eller oppdrag i utlandet.

Straffen for korrupsjon er bøter eller fengsel inntil 3 år. Medvirkning² straffes på samme måte.”

Kjernen i straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse er vilkåret om at det må foreligge en ”utilbørlig fordel”. Vilkåret er ikke klarlagt i bestemmelsen, og jeg vil i det følgende redegjøre for hva som er en ”utilbørlig fordel” i lovens forstand.

¹ Vedtatt 4. juli 2003 og trådte i kraft fra samme tidspunkt.

² Medvirkningstillegget er fjernet i den nye straffeloven, jfr. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) side 343. Straffansvar for medvirkning er regulert i den generelle bestemmelsen i straffelov av 20. mai 2005 nr. 28 § 15.

1.1.1 Problemstilling

Etter korrupsjonsbestemmelsene trådte i kraft etterlyste både privat og offentlig sektor et behov for forutberegnelighet gjennom nærmere retningslinjer om grensen for det straffbare. Begrepet *”utilbørlig fordel”* er en rettslig standard som isolert sett ikke gir noen konkrete retningslinjer for hvor grensen går mellom straffrie ytelser og straffbare korrupsjonshandlinger. Ordlyden i begrepet er ikke entydig og klar. Juridisk sett oppstår det et problem for både håndhevelse og etterlevelse. Lovgiver har ment å angi et vidtgående korrupsjonsbegrep, og definisjonen blir overlatt til domstolene i det konkrete tilfellet. Etterfølgende rettspraksis vil gi retningslinjer for en nærmere avklaring.

Den overordnede problemstillingen for oppgaven er å redegjøre for grensen mellom straffrie fordeler og straffbar korrupsjon. Formålet er å klargjøre rekkevidden av den rettslige standarden *”utilbørlig fordel”* i straffeloven § 276 a.

Denne problemstillingen er delt inn i følgende underproblemstillinger:

1. En drøftelse av hva som utgjør en ”fordel” i lovens forstand.
2. En drøftelse av utilbørlighetsterskelen.
3. En drøftelse av hvilke momenter som er relevante i utilbørlighetsvurderingen.

Andre spørsmål enn ovennevnte finner jeg mest hensiktsmessig å presentere fortløpende i den rette sammenheng.

1.1.2 Avgrensning

Ved redegjørelsen av grensen mellom straffrie fordeler og straffbar korrupsjon, herunder utilbørighetsvilkårets konkrete innhold, vil jeg belyse hvilke rettskildefaktorer som er relevante, hvilke slutninger som kan trekkes fra dem og hvilken vekt de blir tillagt.

Jeg vil i utgangspunktet ikke drøfte de øvrige vilkårene i straffebudets gjerningsbeskrivelse. Imidlertid vil utilbørighetsnormen kunne variere alt etter hvem som yter eller er mottakeren av en fordel, og jeg vil i den forbindelse komme inn på vilkårene ”i anledning av” og ”stilling, verv eller oppdrag” i de tilfeller det kan være med på å klarlegge utilbørighetsnormen.

Oppgaven vil konsentreres rundt utilbørighetsstandarden i lovskravet. En nærmere redegjørelse for de øvrige straffbarhetsvilkår, som kravet til subjektiv skyld, eventuelle straffeutelukkende omstendigheter og straffrihetsgrunner, vil falle utenfor oppgaven. Imidlertid vil jeg drøfte utilbørighetsvilkårets forhold til rettsstridsreservasjonen.

Jeg vil heller ikke drøfte grensen mot grov korrupsjon i straffeloven § 276 b og påvirkningshandel i § 276 c.

Av hensyn til oppgavens omfang, samt legalitetsprinsippets krav til et klart og entydig nasjonalt straffebud, vil jeg avgrense mot utenlandsk rett. Utenlandsk rett er uansett ikke avgjørende ved tolkningen av straffeloven § 276 a.

1.2 Aktualitet

Korrupsjonsondet, og strafferettslige tiltak mot det, har i de senere år vært viet stor oppmerksomhet i internasjonalt samarbeid. Flere mellomstatlige organisasjoner har lagt ned et omfattende arbeid i å utvikle konvensjoner og andre virkemidler som tar sikte på å bekjempe korrupsjon og dens skadevirkninger. Blant disse er OECD, Europarådet og FN.

1.2.1 Internasjonale konvensjoner

OECD-konvensjonen³ om motarbeidelse av bestikkelse av utenlandske tjenestemenn i internasjonale forretningsforhold ble ratifisert av Norge 18. desember 1998. Konvensjonens mål er blant annet å pålegge statene å ha effektive, forholdsmessige og forebyggende straffesanksjoner.

Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon⁴ fra 27. januar 1999 ble undertegnet av Norge samme dato. Konvensjonen retter seg mot aktiv og passiv korrupsjon i både offentlig og privat næringsvirksomhet. Målet er å etablere et felles rammeverk og rettferdige konkurransevilkår i internasjonale forretningsforhold.

FN-konvensjonens⁵ formål er å fremme internasjonalt samarbeid for å forebygge og bekjempe korrupsjon. Konvensjonen har bestemmelser om preventive tiltak og den pålegger statene å kriminalisere en rekke handlinger av korrump karakter. Videre gir den anvisning på etterforskning og internasjonalt samarbeid, og den har også bestemmelser om tilbakeføring av midler som stammer fra korrupsjon. Norge ratifiserte FN-konvensjonen 29. juni 2006.

³ OECD Convention on Combating Bribery in International Business Transactions, 21. november 1997.

⁴ Criminal Law Convention on Corruption, Strasbourg, 27. januar 1999.

⁵ United Nations Convention against Corruption, 31. oktober 2003.

1.2.2 Utvikling av rettstilstanden nasjonalt

Som en følge av aktiv deltagelse i det internasjonale samarbeidet har korrupsjon også blitt et dagsaktuelt tema i Norge. De siste årene har det skjedd en endring av rettstilstanden nasjonalt når det gjelder hva som er å anse som straffbar korrupsjon. Et eksempel på dette er at norske bedrifter helt frem til 1996 hadde skattemessig fradrag rett for utgifter til bestikkelser til privat og offentlig sektor i utlandet, da bestikkelsene ble ansett å være utgifter til inntekts ervervelse.⁶

En la tidligere til grunn at bestikkelser var noe som bare ble betalt i bananrepublikker i syd eller i sentral-Amerika eller ”Øst for Suez”. En gikk uten videre undersøkelser ut i fra at slike forhold ikke fantes i Norge. ”Øst for Suez” - prinsippet var det uformelle navnet på prinsippet som ble lagt til grunn av skattemyndighetene ved avgjørelsen av hvorvidt bestikkelser betalt i utlandet uten tilstrekkelige kvitteringer likevel skulle aksepteres som grunnlag for fradrag ved inntektsansettelsen etter skatteloven § 44.⁷ Praksis som tidligere var allment akseptert, er nå å anse som straffbar korrupsjon.

Tidligere kunne korrupsjon ved mottak av bestikkelser i næringslivet etter omstendighetene straffes som utroskap, jfr. straffeloven § 275, og offentlig tjenestemanns mottak av bestikkelser kunne straffes etter straffeloven §§ 112 og 113 (passiv korrupsjon). Den aktive bestikker kunne straffes for medvirkning etter straffeloven § 275 (næringslivet) eller etter straffeloven § 128 (offentlig tjenestemann). Tidligere straffebud forelå, men de var lite hensiktsmessige. Det var bl.a. ubegrunnede forskjeller i straffbarhetsvilkår og i strafferammer for korrupsjon i hhv. offentlig og privat sektor, og foreldelsesfristene for enkelte straffebud var for korte. I tillegg kom § 405 b (passiv korrupsjon) og markedsføringsloven § 6, jfr. § 17 (aktiv korrupsjon) til anvendelse i næringsforhold.

⁶ Forbud kom ved forhenværende skattelov av 18. august 1911 nr. 8 § 44 – fradrag skal ikke gis for bestikkelse og annen ytelse som er vederlag for en urettmessig ytelse. Ordlyden er tilsvarende i gjeldende skattelov av 26. mars 1999 nr. 14 § 6-22.

⁷ Holvik (1997) side 9.

Det fremgår av forarbeidene til gjeldende korrupsjonsbestemmelser at bakgrunnen for lovendringen var å få nasjonal rett opp på et internasjonalt nivå slik at Europarådskonvensjonen kunne ratifiseres.⁸ Etter en gjennomgang viste det seg at intern rett ikke samsvarte med internasjonale krav. Det var ubegrunnede forskjeller mellom privat og offentlig sektor, og en del straffverdige forhold falt utenfor de tidligere bestemmelsenes anvendelsesområde. Norge ble evaluert av GRESCO⁹ i 2002 og i evalueringsrapporten ble det påpekt at tidligere gjeldende rett ikke var tilfredsstillende på en rekke punkter.¹⁰ Internasjonalt samarbeid i form av koordinert straffelovgivning og gjensidig juridisk bistand er et viktig ledd i kampen mot korrupsjon.

I 2003 ble de tidligere straffebestemmelsene om korrupsjon samlet i tre bestemmelser, jfr. straffeloven § 276 a-c. Bestemmelsene omhandler simpel korrupsjon i § 276 a, grov korrupsjon i § 276 b og såkalt påvirkningshandel i § 276 c. De nye korrupsjonsbestemmelsene har gjort regelverket mer oversiktlig og enklere å anvende i forhold til tidligere regelverk. Lovverket er et uttrykk for at lovgiver ser på korrupsjon som en alvorlig og samfunnsskadelig handling.

Til tross for lovverk, etiske regelverk, rutiner, tilsyn og kontrollorganer falt Norge på Transparency Internationals Corruption Preseption Index (CPI)¹¹ fra en 9. plass i 2007 til en 14. plass i 2008. Resultatet baseres på investorers og analytikers oppfatninger av graden av korrupsjon i stat og kommuner. Undersøkelsen kan gi et bilde og en indikasjon på korrupsjon. Basert på indeksen regnes Norge for å være det mest korrupte landet i Norden. Transparency International bemerker at resultatet kan skyldes en høyere forekomst

⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 8.

⁹ Overvåkningsorgan i tilknytning til Europarådets regelverk om korrupsjon.

¹⁰ Norge ble bl.a. anbefalt "to consider the development on targeted statistics and research on the various forms of corruption in Norway". Flere av de tidligere straffebudene som ble anvendt i korrupsjonssaker rettet seg også mot andre forhold enn korrupsjon. Det var dermed vanskelig å skille ut korrupsjonssakene uten å gå inn i hver enkelt sak. Lovforslaget vil gjøre det enklere å utarbeide statistikk over forekomsten av korrupsjon i Norge, noe som er viktig med tanke på allmenn opplysning og for å kunne sammenligne kriminalitetsutviklingen med andre land.

¹¹ Transparency International er en organisasjon som har som oppgave å motvirke korrupsjon. CPI - Verdens korrupsjonsranking.

av korrupsjon i Norge enn i Norden for øvrig. Organisasjonen opplever det som et problem at myndighetene ikke lykkes med å endre strukturelle og kulturelle forhold i privat og offentlig sektor som betinger norsk korrupsjon, som for eksempel manglende åpenhet omkring viktige beslutninger.¹² Myndighetene og samfunnet for øvrig har et felles ansvar for å motvirke defensive holdninger til korrupsjon.

Transparency International påstår videre at økt fokus og bevissthet om forekomsten av korrupsjon i Norge og et strengt regelverk for hva som defineres som korrupsjon, er med på å trekke tallene opp. Stadig flere høyt profilerte skandaler i de senere år har økt forståelsen av at Norge faktisk har et reelt korrupsjonsproblem. Problemet er tillagt større oppmerksomhet gjennom avsløringer i mediene og i domstolene, for eksempel bestikkelser av offentlig ansatte, berikelser i forbindelse med offentlige anskaffelser, underslag av offentlige midler, og korrupte ansettelse i stat og kommune. Vannverkssaken, Sintef Petroleumsforskning, Ullevål-saken, Røde Kors-saken, Statoil-Melkøya-saken, Bærum Kommune, Siemenssaken, m.fl. er eksempler på korrupsjonssaker som har vært i rettsapparatet de siste årene.

Første gang Økokrim tok ut tiltale etter de nye korrupsjonsbestemmelsene var i den såkalte Ullevål-saken. En tidligere eiendomssjef på Universitetssykehuset ble i dom avsagt av Oslo tingrett 27. januar 2009 dømt til ubetinget fengsel i to år for grov korrupsjon.¹³ Han ble dømt for å ha mottatt, i kraft av sin stilling, bestikkelser fra en svensk entreprenør. Bestikkelsene hadde sammenheng med oppdrag som eiendomssjefen tildelte på sykehuset. Dommen omfatter også bestikkelser i form av byggevarer til en verdi av mer enn 600.000 kroner som han mottok fra et stort norsk entreprenørselskap da han var prosjektdirektør i NSB. Eiendomssjefen ble dømt for samme saksforhold i tingretten i 2006, men dommen ble satt til side av lagmannsretten på grunn av inhabilitet.

¹² Skaaren-Fystro, Gro - Spesialrådgiver i Transparency International. "Avdekking og forebygging av korrupsjon i offentlig sektor" - Seminar NHO 27. oktober 2009.

¹³ Dommen er anket.

Den 17. januar 2007 tok Økokrim ut tiltale mot fire personer i den såkalte ”Vannverk-saken” for grov korrupsjon etter straffeloven § 276 a, jfr. § 276 b. Tiltalen rettet seg mot tidligere administrerende direktør i Nedre Romerike Vannverk og sentralrenseanlegget RA-2, hans sønn og to kontraktsmotparter. Tiltalen omfattet også et stort entreprenørselskap (foretaksansvar). Tiltalen gjaldt flere tilfeller av grov korrupsjon og grov økonomisk utroskap. Den 14. februar 2008 ble den tidligere direktøren dømt til åtte års fengsel. Han ble også dømt til å tåle inndragning av alle sine eiendommer i Sør-Afrika (som utbytte av straffbar handling) og til å betale over 63 millioner kroner i erstatning. De medtiltale fikk også fengselsstraffer. Entreprenørselskapet fikk en bot på åtte millioner kroner. Samtlige av de domfelte har anket, og ankeforhandlingen i lagmannsretten skal opp i januar 2010. Det er avsatt 14 uker til ankeforhandlingen.¹⁴

1.3 Legislative hensyn

I det følgende er formålet å redegjøre for hvilke hensyn som krenkes ved korrupt adferd, og som straffeloven § 276 a tar sikte på å verne om.

I Europarådskonvensjonen kommer korrupsjonshandlingens samfunnsskadelige karakter klart frem;

” Emphasising that corruption threatens the rule of law, democracy and human rights, undermines good governance, fairness and social justice, distorts competition, hinders economic development and endangers the stability of democratic institutions and the moral foundations of society...”¹⁵

I samsvar med dette vektlegger forarbeidene viktigheten av å bekjempe korrupsjon fordi korrupsjon svekker etiske og moralske verdier i samfunnet og utgjør en trussel mot

¹⁴ Stoltenberg, Lars: ”Avdekking og forebygging av korrupsjon i offentlig sektor”. Seminar NHO 27. oktober 2009.

¹⁵ Europarådskonvensjonen (1999) Fortalen 5. avsnitt.

rettsstaten, demokratiet og menneskerettighetene. Den skaper forskjellsbehandling og hindrer sosial rettferdighet. Korrupsjon undergraver den redelige konkurransen og virker konkurransevridende. Videre kan korrupsjon påføre bedrifter direkte økonomisk tap og tap av omdømme, samt redusere muligheten for økonomisk utvikling.¹⁶ Korrupsjon hindrer markedsaktørenes mulighet til å oppnå avtaler på like vilkår. Regler og praksis som sikrer en åpen og ryddig konkurranse bidrar til en reell markedsadgang for alle aktører i både privat og offentlig virksomhet.

I Ullevål-dommen uttaler retten: ”korrupsjon er svært samfunnsskadelig og myndighetene har ved hjelp av de nye reglene signalisert at de ønsker en bevisstgjøring i samfunnet når det gjelder etiske og moralske grenser i forhold til korrupsjon og korrupsjonslignende handlinger”.¹⁷

1.3.1 Overordnede hensyn

Som nevnt er korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven 276 a vidtgående og rammer aktive og passive korrupsjonshandlinger i både offentlig og privat sektor. Lovgiver har funnet det ønskelig å ha like effektive strafferettslige virkemidler mot korrupsjon i privat sektor som i offentlig sektor. Korrupsjonshandlinger i private forhold kan være like straffverdige og utgjøre et like stort problem som korrupsjon i offentlig sektor. Straffelovsrådet erkjenner at kravene til aktørene innen offentlig virksomhet må antas strengere enn i privat sektor, men påpeker at disse forskjellene kan tas i betraktning ved utilbørighetsvurderingen.¹⁸ En felles straffebestemmelse mot korrupsjon i offentlig og privat sektor innebærer videre at domstolene slipper å ta stilling til avgrensningsspørsmål.

Både forarbeidene og konvensjonene viser til hvilke legislative hensyn straffeloven § 276 a bygger på. Bestemmelsens underliggende hensyn, som for eksempel *habilitet*, *saklighet* og

¹⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 5.

¹⁷ TOSLO-2005-134006

¹⁸ NOU 2002:22 side 33.

likhet, samt tillitt til forvaltningens upartiskhet og integritet, tilsier et ”vidtgående korrupsjonsbegrep”.¹⁹ Forarbeidene påpeker videre at straffelovgivningen må, ”innenfor de rammer som hensynet til rettssikkerheten tilsier”, utformes slik at den blir ”et effektivt middel i kampen mot korrupsjon”.²⁰ Dette må gjelde i forhold til tolkningen av straffeloven § 276 a. Et overordnet mål ved fastsettelsen av vilkåret ”utilbørlig fordel” blir derfor å søke de tolkningsresultat som medfører at bestemmelsen fremstår som effektiv, forholdsmessig og forebyggende.

Hensynene bak korrupsjonsbestemmelsen vil være av betydning ved fastleggelsen av både fordels- og utilbørlighetsbegrepet. Innen strafferetten kan ikke hensynene legitimere en utvidende tolkning av ordlyden, men de kan gi en veiledning ved valget av tolkningsalternativ dersom flere løsninger kan utledes av bestemmelsen.

Som nevnt skiller ikke straffeloven § 276 a mellom korrupsjon i offentlig og privat virksomhet. Imidlertid kan hensynene bak kriminaliseringen være forskjellige.

1.3.2 Særlige hensyn i offentlig sektor

Kriminaliseringen av korrupsjon i det offentlige skal hindre ytre påvirkning og derved uriktig tjenesteutøvelse. Et vesentlig hensyn er hensynet til *allmennhetens tillitt* til at den offentlige virksomhet opptrer upartisk ved at vedtak treffes på objektivt grunnlag.²¹ Korrupsjon i det offentlige må ses i sammenheng med det alminnelige saklighetskrav som gjelder for all utøvelse av offentlig myndighet. Forarbeidene vektlegger videre at allmennhetens tillitt til det offentlige er en forutsetning for et stabilt demokrati, og at forbudet mot så vel aktiv som passiv korrupsjon i offentlig sektor kan begrunnes i hensynet til å opprettholde en velfungerende offentlig administrasjon.²² Forarbeidene understreker at

¹⁹ NOU 2002:22 side 30.

²⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 32.

²¹ NOU 2002:22 side 30

²² NOU 2002:22 side 30.

folks tillitt til det offentlige svekkes selv om bestikkelsen ikke fører til uriktige tjenestehandlinger, og at dette i seg selv er meget uheldig for allmennhetens tillitt til forvaltningens upartiskhet og integritet. Allmennhetens fornemmelse av at noen favoriseres på bekostning av andre er klart skadelig for tillitten til at det offentlige forvalter fellesskapets midler på en forsvarlig måte.

I samsvar med dette mener Stordrange at kriminaliseringen av bestikkelser i offentlige forhold bygger på tre hensyn. Myndighetsutøvelsen må bygge på integritet og frihet fra utenforliggende påvirkning, noe som henger sammen med *saklighetsreglene* i offentlig forvaltning. Derneft spiller *allmennhetens tillitt* til myndighetenes upartiskhet og integritet en sentral rolle. Endelig blir det påpekt at korrupsjon muliggjør *annen form for kriminalitet*.²³

1.3.3 Særlige hensyn i privat sektor

De legislative hensyn som gjør seg gjeldende i privat sektor er hensynet til allmennhetens tillitt til det private nærings- og organisasjonsliv, herunder hensynet til en fri, rettferdig konkurranse og hensynet til et velfungerende marked. Det blir uttalt i Europarådskonvensjonens ”explanatory report”²⁴ at verdier som tillitt og lojalitet ”are necessary for the maintenance and development of social and economic relations.”²⁵ I samsvar med dette fremgår det av forarbeidene at ”effektive straffebestemmelser er viktig for å opprettholde tillitten til det private nærings- og organisasjonsliv...”²⁶

²³ Stordrange (2007) side 87.

²⁴ Det er utarbeidet en ”Explanatory Report” i forhold til Europarådskonvensjonen (Criminal Law Convention on Corruption). Tilsvarende er det utarbeidet en kommentar til OECD-konvensjonen (Commentaries on the OECD Convention on Combating Bribery). Disse regnes som forarbeider til konvensjonene og har dermed relevans ved tolkningen av korrupsjonsbestemmelsene. De kan også tillegges større vekt enn andre traktatforarbeider siden de er utarbeidet som et tolkningsinstrument i fellesskap mellom konvensjonspartene.

²⁵ Europarådskonvensjonens forklarende rapport, avsnitt 52.

²⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 33.

Det blir videre vektlagt i forarbeidene at ”korrupsjon virker konkurransevridende og er illojal ovenfor andre næringsdrivende og forbrukere”. Kriminaliseringen av korrupsjon i næringslivet kan derfor ”begrunnes i hensynet til den frie konkurransen og til å fremme av et velfungerende marked”.²⁷ Korrupsjon vil være et hinder for fullkommen utnyttelse av ressurser både i det private og i det offentlige. På den annen side kan en for streng korrupsjonslovgivning medføre at utenlandske aktører som er underlagt mildere regler får et konkurransefortrinn overfor norske bedrifter. Imidlertid etablerer FN-konvensjonen mot korrupsjon en global standard for kriminaliseringen av korrupsjonshandlinger, så forskjellene mellom de enkelte landene blir stadig mindre.

Veritas-saken gir et godt eksempel på hvordan korrupsjon virker konkurransevridende.²⁸ En tidligere prosjektleder i Det norske Veritas (DnV) ble dømt til ubetinget fengsel i 30 dager. Domfelte hadde ansvar for å innhente anbud til et nytt IT-system for DnV. Han hadde foreslått ovenfor en representant i et IT-selskap at han skulle motta ”kick-backs” (returprovisjon) på 10 % mot å påvirke salg til DnV. Hensynet til redelig konkurranse ble i denne saken utfordret av en person som var i en tiltrodd stilling i DnV.

Bestemmelsen beskytter også arbeidsgiver mot økonomisk tap og tap av omdømme. Arbeidstaker har en plikt til å ivareta og fremme arbeidsgivers interesser. Å ta imot bestikkelser vil krenke disse interessene. Korrupsjonshandlingen kjennetegnes ved svikaktig og illojal opptreden overfor arbeidsgiver, og kan medføre at forretningsavtaler blir mindre inntektsgivende, samtidig kan foretakets omdømme og tillitt utsettes for skade. Konsekvensene kan være tidkrevende å reparere, og et godt omdømme kan være vanskelig å gjenopprette. Hensynet til vern om eiendom og foretak tilsier et forbud mot korrupsjon. Dette gjelder både i offentlig og privat virksomhet.

²⁷ NOU 2002:22 side 30.

²⁸ RG-2005-901 (LB-2004-25539).

Europarådskonvensjonen åpner for at straffeloven § 276 a kan begrenses til å gjelde kun næringsvirksomhet i privat sektor, jfr. uttrykket ”in the course of business activity”.²⁹

Departementet mener imidlertid at de ovennevnte hensynene taler mot å innføre denne begrensningen.³⁰ Justiskomiteen fremhever at ”korrupsjon i anledning stilling, verv eller oppdrag for en privatperson eller en ikke-statlig organisasjon... kan være like samfunnsskadelig og klanderverdig, og bør derfor også fanges opp av bestemmelsen.”³¹

Lovgiver ønsket dermed en felles strafferettslig regulering av offentlig og privat sektor, idet grensen mellom offentlig og privat sektor kan være flytende. Hensyn bak kriminaliseringen av korrupsjon i privat sektor har også sammenheng med privatiseringsprosessen i samfunnet. Dette er også vektlagt i Europakonvensjonens forklarende rapport. Viktige områder som tidligere var offentlige, for eksempel utdanning, helse, transport, kommunikasjon og bank, er blitt delvis privatisert. Privatiseringen i offentlig sektor medfører at den private part må ta offentlige hensyn særskilt i betraktning. En felles bestemmelse innebærer at man unngår vanskelige avgrensninger mot offentlig sektor siden begge sektorer omfattes.

Faren for at korrupsjonshandlinger kan føre med seg andre straffbare handlinger, både korrumpert adferd og annen form for kriminalitet, gjør seg også gjeldende for begge sektorer. Forarbeidene nevner eksempler som ”utpresning, dokumentfalsk, regnskapsovertredelser, skatte- og avgiftsunndragelser m.m.”³² I rettspraksis har særlig regnskapsovertredelser, hvitvasking og skatte- og avgiftsunndragelser forekommet i tilknytning til korrupsjonssaker. I Ullevål-saken ble de tiltalte også dømt for overtredelse av regnskapslovgivningen og ligningslovgivningen.

²⁹ Europarådskonvensjonens art. 7 og 8.

³⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 33.

³¹ Innst.O.nr.105 (2002-2003) side 5.

³² NOU 2002:22 side 30.

I Statoil-saken³³ uttales det følgende:

”For korrupsjon innen næringslivet er det et spesielt moment at det vil kunne hindre *rasjonalisering og effektivisering*. De *avhengighetsforhold* som oppstår i forbindelse med korrupsjon, kan gi grunnlag for *utpressing og annen kriminalitet som kan gi skadevirkninger langt utover de som direkte vil følge av bestikkelsen*”.

Konklusjonen er dermed at korrupsjon i privat og offentlig sektor fremstår som klart straffverdig og prevensjonshensynet taler for å søke tolkningsresultat som innebærer en effektiv korrupsjonsbestemmelse.

1.4 Oversikt over den videre fremstilling av oppgaven

I kapittel 2 vil jeg gjennomgå en begrepsavklaring av sentrale ord og uttrykk i oppgaven. Deretter vil jeg i kapittel 3 kort gå inn på den generelle juridiske metode på strafferettens område, og redegjøre for rettskildebildet til straffeloven § 276 a, herunder hvilke rettskilder som er relevante ved fastleggelsen av utilbørlighetsstandarden, samt hvilken vekt disse har og hvorfor. Videre vil jeg i kapittel 4 redegjøre for lovbestemmelsens fordelsbegrep, før jeg i kapittel 5 redegjør for utilbørlighetsbegrepet. I kapittel 6 vil jeg kort redegjøre for utilbørlighetsvurderingen i internasjonale forhold, herunder såkalte ”facilitation payments”.

³³ Rt.2001 side 227.

2 Begrepsavklaring

2.1 Korrupsjon

I straffeloven § 276 a defineres begrepet ”korrupsjon” som det ”å gi/tilby eller kreve/motta/akseptere en utilbørlig fordel i anledning av stilling, verv eller oppdrag”. Det er imidlertid begrepet ”utilbørlig fordel” som angir grensen for straffbar korrupsjon. Definisjonen av begrepet ”korrupsjon” er derfor skjønnsmessig.

Straffelovsrådet har ved sitt lovutkast lagt vesentlig vekt på korrupsjonsdefinisjonen slik den fremkommer i Europarådets korrupsjonskonvensjon i artiklene 2-11, hvilket innebærer et ”vidtrekkende korrupsjonsbegrep”.³⁴

Europarådets definisjon er følgende;

”... requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts the proper performance of any duty or behaviour required or the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof.”

Det ble i utredningen lagt vekt på at det er lovteknisk vanskelig å trekke en klar grense i lovteksten mot handlinger som må antas lovlige.³⁵ Lovgiver overlater i stedet til domstolene i det enkelte tilfelle å trekke grensen mellom lovlig og ulovlig handling. Det vil dermed i praksis være avgjørende hvordan domstolene tolker kravet om at det skal foreligge en ”utilbørlig fordel”. Begrepet blir dermed fastlagt gjennom rettspraksis. Det er

³⁴ NOU 2002:22 side 9 og 30-31.

³⁵ NOU 2002:22 side 9.

også lagt til grunn i rettspraksis at det foreligger ”ingen klar definisjon i straffebudet av begrepet korrupsjon”.³⁶

Stordrange definerer korrupsjon som en ”urettmessig fordel som overføres fra en giver til en mottaker i hensikt å påvirke beslutnings- eller handlingsprosesser”.³⁷

NHO definerer korrupsjon slik at når en person i en betrodd stilling eller verv, privat eller offentlig, setter ansvaret og forpliktelsene som er knyttet til stillingen eller vervet til side og misbruker makten som ligger i stillingen eller vervet, og ved dette oppnår enten en privat fordel eller belønning, eller urettmessig tilstreber en fordel til egen organisasjon eller firma.³⁸

Korrupsjonsbegrepet er ikke entydig gitt, det forutsettes en samhandling mellom minst to personer, og da ofte slik at begge kan bebreides handlingen. I samsvar med forarbeidenes forståelse blir derfor begrepet ”korrupsjon” anvendt i oppgaven som en generell betegnelse på straffverdige situasjoner hvor minst to personer er involvert.³⁹

Både i forarbeidene, praksis og juridisk litteratur blir det vekslet mellom ”den aktive og den passive bestikker”.⁴⁰ Skillet fremgår ikke klart av ordlyden i straffeloven § 276 a, og jeg vil derfor i det følgende redegjøre for terminologien.

2.1.1 Passiv korrupsjon

Passiv korrupsjon innebærer etter straffeloven § 276 a første ledd litra a at vedkommende ”for seg selv eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning av stilling, verv eller oppdrag”. Den passive parten er den som er på

³⁶ Ullevål-saken TOSLO-2005-134006

³⁷ Stordrange (2007) side 80.

³⁸ www.nho.no

³⁹ NOU 2002:22 side 30.

⁴⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 33 – eksempelvis.

”mottakersiden” i korrupsjonsforholdet. Etter en naturlig språklig forståelse kan man ikke betegnes som en passiv bestikker der man krever eller tar initiativet til en bestikkelse. Det følger imidlertid av forarbeidene og praksis at det også i slike situasjoner er snakk om passiv korrupsjon.⁴¹ Denne forståelsen vil også bli lagt til grunn i besvarelsen.

2.1.2 Aktiv korrupsjon

Aktiv korrupsjon vil si at noen ”gir eller tilbyr” den passive bestikker en ”utilbørlig fordel” i anledning vedkommendes ”stilling, verv eller oppdrag”, jfr. strl. § 276 a første ledd litra b. Ved aktiv korrupsjon ”gir eller tilbyr” gjerningspersonen en utilbørlig fordel til den som søkes korrumpert.

Spørsmålet er om det er noen sammenheng mellom den aktive og den passive bestikkerens strafferettslige stilling. Kan den ene straffes uavhengig av den andre? Aktiv og passiv korrupsjon er selvstendige forbrytelser. Det avgjørende er om den enkelte har opptrådt klart klanderverdig.⁴² En naturlig konsekvens av dette er at man ”må holde den aktive og den passive bestikkelse fra hverandre, idet det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom giverens og mottakerens forhold. Det kan godt forekomme at en aktiv bestikker kan straffes, men ikke den passive og omvendt, typisk hvis den aktive part har tilbudt bestikkelser som ikke er akseptert”.⁴³

2.2 Bestikkelser

Korrupsjon dreier seg om bestikkelser i offentlig og privat virksomhet. Begrepene korrupsjon og bestikkelser blir ofte brukt om hverandre.⁴⁴ Jeg bruker begrepet ”korrupsjon”

⁴¹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 12 og Nedre Romerrike tingretts dom av 14.02.2008 side 40 (ikke rettskraftig).

⁴² Se pkt 5.3.2.

⁴³ Stordrange (2006) side 91.

⁴⁴ Stordrange (2006) side 82.

som et videre begrep, som ikke utelukkende sikter til korrupsjonshandlingen, men til fenomenet som helhet. Begrepet ”bestikkelse” bruker jeg som en generell betegnelse på den korrupte handling.

I utgangspunktet leder begrepene ”fordeler”, ”bestikkelser” eller ”ytelser” tanken mot aktive handlinger. Imidlertid må begrepene gis et videre innhold enn hva som kan utledes av en naturlig språklig forståelse. Det må være klart at også unnlatelser hos både den passive og aktive bestikker er relevante. Når det snakkes om ”fordeler”, ”bestikkelser” eller ”ytelser” menes derfor også unnlatelser, med mindre annet er presisert.

2.3 Facilitation payments

I en del land er det normalt at offentlige tjenestemenn nekter å utføre arbeidet de er satt til, med mindre de mottar penger for det – dette til tross for at vedkommende er berettiget til ytelsen. Med andre ord fremmer tjenestemannen et krav om en fordel for å utføre en tjeneste personen har rett på. Det kan for eksempel være at en byggesaksbehandler nekter å behandle eller innvilge en søknad om byggetillatelse, selv om søkeren i henhold til lov og regelverk har krav på å få søknaden innvilget.

Krav om slike ytelser kan i en del tilfeller ha et utpresningslignende preg. Det må derfor vektlegges ved utilbørighetsvurderingen om fordelene er vederlag for en urettmessig motytelse, eller om den tar sikte på å oppnå en slik ytelse. Slike handlinger skal bare være straffbare dersom fordelene som tilbys eller gis den utenlandske offentlige tjenestemannen, er utilbørlig.

Forarbeidene gir ingen definisjon av ”facilitation payments”, men bruker uttrykket om ”*mindre bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestemenn*”.⁴⁵

⁴⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 36.

Heller ikke OECD-konvensjonen eller Europarådskonvensjonen mot bestikkelser og korrupsjon og de respektive korrupsjonsforarbeidene definerer tydelig begrepet ”facilitation payments”. OECD-konvensjonens forarbeider nevner imidlertid at slike betalinger i enkelte land, ”are made to induce public officials to perform their functions, such as issuing licences or permits”, men begrepet blir ikke presisert nærmere.

Forarbeidene bruker begrepet ”facilitation payments” kun i forbindelse med utenlandske offentlige tjenestemenn. Slike betalinger kan også forekomme mellom private aktører. Jeg har derfor valgt å ta utgangspunkt i denne forståelsen av begrepet ”facilitation payments” i det følgende.

3 Juridisk metode på strafferettens område og rettskildebildet til straffeloven § 276 a.

I det følgende vil det bli gitt en kort redegjørelse for juridisk metode på strafferettens område, samt innhold, relevans og vekt av de rettskildefaktorene som benyttes ved utredningen av vilkåret ”utilbørlig fordel”.

3.1 Lovtekst

Legalitetsprinsippet står sterkt i strafferetten og innebærer at ingen kan straffes uten hjemmel i lov, jfr. Grunnloven § 96.⁴⁶ Det skal derfor svært mye til for å legitimere en utvidende tolkning i tiltaltes disfavør. Lovtekstens ordlyd er det naturlige utgangspunktet ved tolkningen av bestemmelsen. Ved tolkningen av *utilbørlighetsvilkåret* skal en *naturlig språklig forståelse* legges til grunn.

Hensynet til forutberegnelighet tilsier at lovteksten bør være den primære rettskilden på strafferettens område. Borgerne skal ha en mulighet til å forutse sin rettsstilling.

Imidlertid gir korrupsjonsbestemmelsenes ordlyd begrenset veiledning på grunn av utilbørlighetsvilkårets åpne innhold. Når det gjelder bruk av rettslige standarder på strafferettens område, drøfter jeg dette under behandlingen av utilbørlighetsvilkåret i kapittel 5.2.

3.2 Forarbeider

De sentrale lovforarbeidene til korrupsjonsbestemmelsene er NOU 2002:22 – En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon, Ot.prp.nr.78 (2002-2003) – Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon) og Innst.O.nr.105 (2002-2003).

⁴⁶ ”Dømmes” betyr etter sikker rett ”straffedømmes”.

Forarbeidene til straffeloven § 276 a inneholder en inngående drøftelse av både fordels- og utilbørighetsbegrepet, og vil derfor være sentrale ved fastsettelsen av gjeldende rett. Av hensyn til forutberegnelighet og lovgivers vilje vil lovforarbeidene være relevante rettskildefaktorer ved tolkningen av begrepet ”utilbørlig fordel”.⁴⁷ I mangel av retningslinjer for tolkningen av utilbørighetsnormen i rettspraksis vil forarbeidene tillegges større vekt som rettskildefaktor.

3.3 Internasjonale konvensjoner

Både OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen er ratifisert, men ikke inkorporert i norsk rett. Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp. Det betyr at folkerettens regler ikke anses som gjeldende norsk rett uten at de er inkorporert i norsk rett ved lov eller vedtak av kompetente myndigheter. Ratifikasjonen har etablert folkerettslige forpliktelser for Norge til å oppfylle konvensjonenes bestemmelser. I den videre framstilling vil jeg berøre i hvilken grad korrupsjonsbestemmelsene oppfyller de folkerettslige forpliktelsene.

Konvensjonene vil dessuten ha betydelig vekt som rettskildefaktor i norsk rett som følge av presumsjonsprinsippet. Det dualistiske prinsipp modifiseres i norsk rett gjennom presumsjonsprinsippet, som innebærer at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med folkeretten. Utilbørighetsvilkåret skal så vidt mulig tolkes slik at det ikke oppstår motstrid mellom bestemmelsen og de ratifiserte konvensjoner.⁴⁸ Konvensjonene er dermed relevante rettskilder ved tolkningen av korrupsjonsbestemmelsene. Videre er det tolkningen av de norske straffebestemmelsene som går foran i tilfelle motstrid mellom de ratifiserte konvensjonene og straffeloven § 276 a.

⁴⁷ Forutsetter ingen motstrid mellom lovens ordlyd og forarbeidene. Ved motstrid bør lovteksten gis størst vekt på bakgrunn av demokratihensynet.

⁴⁸ Graver (2003) side 468 flg.

Norge har også ratifisert Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 27. januar 1999. Denne konvensjonen har imidlertid størst relevans for spørsmålet om sivilrettslig erstatning for skade voldt ved korrupsjon.⁴⁹ Jeg vil derfor ikke omtale denne konvensjonen nærmere.

3.4 Rettspraksis

Rettspraksis har generelt stor rettskildemessig vekt i rettsanvendelsen. Som nevnt er det de siste årene blitt avsagt flere korrupsjonsdommer. De fleste sakene har imidlertid vært relativt klare tilfeller av korrupsjon og utilbørlighetskriteriet har følgelig ikke blitt inngående drøftet. Mange av avgjørelsene gir derfor begrenset veiledning til tolkning av hvilke momenter som er relevante i utilbørlighetsvurderingen. Manglende retningslinjer fra domstolene gjør fastsettelsen av innholdet i utilbørlighetsvilkåret problematisk. Dette medfører at tolkingen av begrepet ”utilbørlig fordel” i stor grad må bygges på uttalelser i forarbeider og i tillegg de reelle hensyn som begrunner bestemmelsen.

Det foreligger stort sett underrettspraksis på området. Selv om den rettskildemessige verdien av underrettspraksis er begrenset, kan den likevel ha en argumentasjonsverdi og brukes som et støttemoment for et standpunkt. Underrettspraksis vil derfor bli brukt til å belyse eksempler på hva som er relevante momenter i vurderingen av utilbørlighetsvilkåret i straffeloven § 276 a. I tilfeller hvor det anses relevant kan det være hensiktsmessig å bruke rettens uttalelser for å illustrere de ulike momentene.

⁴⁹ Skadeerstatningsloven av 13. juni 1969 nr. 26 § 1-6.

3.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn er verdier som det kan eller skal legges vekt på for å komme frem til et godt tolkningsresultat.⁵⁰ Tolkingsresultatet skal generelt sett være innholdsmessig og retts teknisk godt. Videre skal løsningen fremstå som god i det spesielle tilfellet. I drøftelsene de lege lata fremgår det av forarbeidene hvilke reelle hensyn lovbestemmelsene om korrupsjon bygger på. I og med straffeloven § 276 a er vagt utformet kan det være relevant å vektlegge reelle hensyn i tolkningen av bestemmelsen. Reelle hensyn vil også være relevante å vektlegge i de lege ferenda drøftelser. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor den rettslige problemstillingen ikke har fått noen avklaring i gjeldende rett. I den grad spørsmål ikke er avklart i gjeldende rett vil jeg benytte reelle hensyn. I strafferetten er det spesielt prevensjonshensynet og hensynet til handlingens straffverdighet som gjør seg gjeldende.

⁵⁰ Eckhoff (2001) side 371 flg.

4 Fordelsbegrepet

4.1 Innledning

Formålet i dette kapittelet er å redegjøre for det nærmere innholdet av fordelsbegrepet, det vil si hva som er å anse som en ”fordel” i lovens forstand.

4.2 Definisjon av fordelsbegrepet – forarbeidene og konvensjonene

Straffeloven § 276 a gir ingen definisjon av fordelsbegrepet. Det må dermed tas utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Ordlyden tilsier at en ”fordel” vil være å oppnå et gode eller en begunstiging. Begrepet er vidtrekkende og det fremkommer ingen begrensning i gjerningsbeskrivelsen som tilsier at fordelsbegrepet skal tolkes innskrenkende.

Forarbeidene oppstiller følgende definisjon av fordelsbegrepet:

*”Alt den passive bestikker ser seg tjent med eller kan dra nytte av, er å anse som en fordel i lovens forstand”.*⁵¹

En ”fordel” vil dermed omfatte handlinger og unnlatelser som medfører mottakeren stilles i en bedre posisjon enn hva som var tilfellet før ytelsen. Definisjonen samsvarer med Europakonvensjonens ”explanatory report” hvor det fremgår at fordelsbegrepet er ment å omfatte alle ytelser hvor mottakeren ”is placed in a better position than he was before the commission of the offence and that he is not entitled to the benefit”.⁵² Forarbeidene og konvensjonen legger her et meget vidtgående fordelsbegrep til grunn. Intern rett samsvarer

⁵¹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

⁵² Europarådskonvensjonens forklarende rapport pkt.37.

dermed med korrupsjonskonvensjonene og presumsjonsprinsippet kommer videre til anvendelse ved tolkningen av korrupsjonsbestemmelsene.

Definisjonen omfatter både offentlig og privat sektor. Formuleringen er også lagt til grunn i rettspraksis. I samsvar med forarbeidenes definisjon av fordelsbegrepet, uttaler retten at ”lovens fordelsbegrep er *ment å være vidtrekkende*”.⁵³

I det følgende vil jeg kort redegjøre for den tidligere rettstilstand. Deretter vil jeg drøfte om fordelsbegrepet kan avgrenses mot negative virkemidler og om fordelene må være av økonomisk verdi. Videre vil jeg vurdere om normen for hva som regnes som en fordel er objektiv eller subjektiv. Jeg vil også drøfte om det må innfortolkes et krav til en kvalitativ minstestandard, det vil si en nedre grense for at en ytelse skal regnes som en fordel i lovens forstand. Avslutningsvis vil jeg vurdere om eiendomsretten må overføres til mottakeren og hvorvidt unnlatelser kan regnes som en ”fordel” i lovens forstand.

4.3 Tidligere rettstilstand

Som nevnt inneholdt ikke tidligere straffelov en generell straffebestemmelse mot korrupsjon. Det fremgår av forarbeidene at fordelsbegrepet i straffeloven § 276 a er ”ment å ha samme innhold som i straffeloven §§ 112, 113 og § 405 b”.⁵⁴ Det er derfor av interesse å undersøke hvordan fordelsbegrepet har blitt forstått i relasjon til disse bestemmelsene. I forhold til straffeloven § 275 som gjaldt private forhold, var det begrepet ”vinning” som var vurderingstemaet. Begrepet er nå erstattet av ”fordel”, hvilket antas å være et mer omfattende begrep. Straffelovsrådet presiserer at det kun dreier seg om en ”marginal utvidelse av omfanget”.⁵⁵

⁵³ Fesil-saken LH-2007-158006.

⁵⁴ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

⁵⁵ NOU 2002:22 side 38.

Begrepet ”fordel” i straffeloven § 276 a kan derfor tolkes i samsvar med tidligere forståelse av fordelsbegrepet. Tidligere praksis og teori i forhold til fordelsbegrepet er derfor relevant ved fastsettelsen av gjeldende rett.

4.4 Avgrensning mot negative virkemidler

Ordlyden i fordelsbegrepet og forarbeidenes definisjon tilsier at lovgivers formål er å avgrense mot tilfeller hvor den passive bestikker blir presset, truet eller tvunget til å handle eller unnlate å handle på en bestemt måte. Straffeloven § 276 a kriminaliserer tilfeller hvor påvirkning eller forsøk på påvirkning skjer gjennom virkemidler som fremstår som positive for den som søkes påvirket. Vold og trusler er ikke noe som mottakeren ser seg tjent med eller anser som nyttig. Negative virkemidler, som trusler eller tvang, straffes etter andre bestemmelser, som for eksempel straffeloven §§ 222, 226 og 227.

Thrap-Meyer uttaler i forhold til de tidligere bestemmelsene i straffeloven at ”Fordelsrekvisittets primære funksjon er å *avgrense mot tilfeller der tjenestemannen gjennom negative virkemidler blir presset eller tvunget til å foreta tjenestehandlinger.*”⁵⁶

En naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd, samt definisjonen i forarbeidene, må tillegges særskilt vekt. Dette medfører at straff for aktiv og passiv korrupsjon er utelukket ved negative virkemidler. Det er bare positive ytelser som faller inn under fordelsbegrepet, det vil si at fordelsbegrepet retter seg mot tilfeller der mottakeren får eller søker å få en positiv ytelse. Dette reiser spørsmål om alle positive ytelser omfattes, eller om fordelsbegrepet i visse tilfeller må tolkes innskrenkende.

⁵⁶ Thrap-Meyer (2001) side 270.

4.5 Økonomisk verdi

Spørsmålet er om fordelsbegrepet i straffeloven § 276 a utelukkende omfatter økonomiske fordeler eller om også andre kriterier er relevante.

I henhold til ordlyden i straffeloven § 276 a kan det ikke utledes noe krav om at ytelsen må ha en økonomisk verdi for å utgjøre en ”fordel”.

I forarbeidene uttales det at en ”fordel” i bestemmelsens forstand normalt vil ha en selvstendig økonomisk verdi.⁵⁷ En typisk bestikkelse vil være i form av penger eller gjenstander med en viss verdi, men kan også være tjenester. Ytelsen må ses i sammenheng med bestikkerens formål med å oppnå noe. Personer som kjøper juridiske tjenester på vegne av en arbeidsgiver, kan derfor ikke motta gratis privat bistand fra et advokatfirma som arbeidsgiveren kjøper eller kan tenkes å kjøpe juridiske tjenester av, uten å stå i fare for å bli dømt for korrupsjon.⁵⁸

Korrupsjonsmidlet i OECD-konvensjonen er i art.1 beskrevet som ”any undue pecuniary or other advantage”. Økonomiske fordeler er uttrykkelig nevnt, men det kommer klart frem at også ikke-økonomiske fordeler omfattes. Formuleringen er ikke videre utdypet i kommentarene til OECD-konvensjonen.

I Europarådskonvensjonens ”explanatory report” er det presisert at fordelene som oftest vil være av en økonomisk karakter, og typiske fordeler som nevnes er ”money, holidays, loans etc”. Videre fremgår det at fordelene også kan være av ”non-material nature”. Eksempler som gis er ”... a case handled within a swifter time, better career prospects etc.”⁵⁹ Det avgjørende er om mottakeren eller en annen person ”is placed in a better position than he was before the commission of the offence”.

⁵⁷ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

⁵⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

⁵⁹ Europarådskonvensjonens forklarende rapport pkt.37.

Dette samsvarer med forarbeidene hvor det fremkommer at det ikke er “noe krav om at fordelene må ha selvstendig materiell verdi”.⁶⁰ Uttalelsen er generell og gjelder både privat og offentlig sektor. Som eksempler på ikke-økonomiske fordeler nevnes situasjoner der den passive bestikker får tildelt en orden, dersom han tas opp i en lukket forening eller hans barn slippes inn på privatskole, eller mottagelse av seksuelle tjenester. Det kan også være at den passive bestikker mottar innsideopplysninger om et aksjeselskap, som i seg selv er uten verdi, men som han vil kunne nyttiggjøre seg ved å kjøpe eller selge aksjer. Det er dermed ikke et krav at fordelene må være en fysisk ting. Straffelovrådet nevner også medlemskap i en eksklusiv klubb og god mediaomtale som eksempler.⁶¹ Andre eksempler på en ”fordel” i lovens forstand kan være politisk støtte,⁶² godt skussmål eller fortivelse av en negativ opplysning.⁶³

Korrupsjonskonvensjonene og forarbeidene taler dermed for at også fordeler uten økonomisk verdi omfattes av fordelsbegrepet.

Fra rettspraksis er Au pair-saken⁶⁴ et godt eksempel på at bestikkelsen ikke trenger å ha en selvstendig økonomisk verdi. En politibetjent ble fradømt sin stilling som straff for simpel korrupsjon. Han hadde ifølge dommen misbrukt sin stilling ved å utstede oppholds- og arbeidstillatelse til sin filippinske svigerinne, som kom under falsk navn til en au pair-jobb i Norge og tidligere var nektet innreise.

Uttalelser i juridisk teori trekker i samme retning. Andenæs skriver at det ”ikke er noe krav” at ytelsen har en økonomisk verdi.⁶⁵ Thrap-Meyer påpeker at også ikke-økonomiske ytelser kan være ”effektive korrupsjonsmidler”, avhengig av den passive bestikkerens

⁶⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

⁶¹ NOU 2002:22 side 38.

⁶² Thrap-Meyer (2001) side 271.

⁶³ Bratholm (1997) side 108.

⁶⁴ Sør-Trøndelag tingretts dom av 29.05.2008 side 15.

⁶⁵ Andenæs (2008) side 421

”preferanser og kvaliteten på ytelsen”.⁶⁶ Det er klart at både økonomiske og ikke-økonomiske fordeler er noe mottakeren kan se seg tjent med eller dra nytte av.

Det kan dermed ikke innfortolkes i fordelsbegrepet at ytelsen må ha økonomisk verdi. Dette samsvarer med de formålsbetraktninger som ligger bak korrupsjonsbestemmelsen. Ikke-økonomiske ytelser som korrupsjonsmiddel vil også bidra til blant annet forskjellsbehandling og sosial urettferdighet, samt hindre en reell konkurranse. Hensynene bak bestemmelsen taler for å straffesanksjonere ikke-økonomiske ytelser på lik linje med økonomiske ytelser.

Konklusjonen er at det ikke foreligger et krav om at ytelsen må ha økonomisk verdi for at den skal utgjøre en ”fordel” i lovens forstand.

4.6 Objektiv eller subjektiv tolkningsnorm?

Spørsmålet er hvorvidt den passive bestikkers subjektive oppfatning av hva som er en ”fordel” er relevant ved fordelsvurderingen.

Stort sett er det uproblematisk å fastslå hvorvidt en ytelse er en fordel eller ikke for mottakeren. Det er på det rene at dersom mottakeren har mottatt vinflasker, feriereiser eller tjenester, er dette objektivt sett å regne som en ”fordel” i lovens forstand. Dette er ytelser de fleste har interesse av, og de utgjør en viss verdi. Imidlertid kan det oppstå tilfeller hvor mottakeren ikke har noen interesse i fordelene. Dersom mottakeren er avholdsmann, ikke har noen interesse av feriereisen eller ikke har behov for tjenestene, vil ytelsen subjektivt sett være verdiløs.⁶⁷

⁶⁶ Thrap-Meyer (2001) side 271-272.

⁶⁷ Thrap-Meyer (2001) side 287.

I utgangspunktet har bestikkeren liten interesse av å gi en ytelse mottakeren ikke ønsker, og mottakeren vil sjelden motta en ytelse han ikke ser verdien av. Imidlertid kan det tenkes at mottakeren mottar en ytelse av høflighet, eller for at det er enklere å motta ytelsen enn å la være.

Det kan også oppstå tilfeller hvor ytelsen objektivt sett fremstår som verdiløs, men likevel av en grunn har verdi for mottakeren, for eksempel tilfeller hvor mottakeren samler på gjenstander som generelt sett ikke har noen verdi, men som for mottakeren vil utgjøre en fordel. En mottaker med en spesiell samleinteresse kan for eksempel være interessert i ytelser som allment sett fremstår som verdiløse. Andre eksempler kan være gjenstander som ikke lenger produseres eller gjenstander med affeksjonsverdi. Om fordelene objektivt sett ikke har en verdi, vil den likevel kunne være en "fordel" dersom ytelsen kan påvirke mottakerens beslutning.

Spørsmålet er hvilken tolkningsnorm som skal legges til grunn. En løsning er å foreta en objektiv vurdering av hva som er en "fordel", hvor det avgjørende er de ytre omstendighetene ved ytelsen. En annen løsning er å legge til grunn en subjektiv tolkningsnorm hvor det avgjørende er om mottakeren betrakter ytelsen som en "fordel". En mellomløsning kan være å anse de subjektive forhold som relevante momenter i en objektiv helhetsvurdering.⁶⁸

Ordlyden i straffeloven § 276 a gir ingen veiledning om hvilken tolkningsnorm som skal legges til grunn. Uttalelsen i forarbeidene, "alt den passive bestikker ser seg tjent med eller kan dra nytte av, er å anse som en "fordel" i lovens forstand", kan antyde at lovgivers hensikt har vært å vektlegge både en objektiv og en subjektiv tolkningsstandard.⁶⁹ Ytelser som enten av mottakeren, giveren eller objektivt sett fremstår som en fordel, kan i og for seg betraktes som en fordel. Forarbeidene gir imidlertid ingen klar løsning på spørsmålet. Forholdet er heller ikke drøftet i rettspraksis.

⁶⁸ Thrap-Meyer (2001) side 287 flg.

⁶⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

Hensynet bak straffebudet peker i ulike retninger. Hensynet til allmennhetens tillitt til det offentlige og det private tilsier at hovedvekten bør legges på hvordan forholdet fremtrer utad. Subjektive forhold kan være vanskelig å kartlegge, og må ofte fastlegges på bakgrunn av ytre omstendigheter i de enkelte tilfeller. Dette taler for en objektiv tolkningsnorm. Videre tilsier bevismessige hensyn at det er ytelsens ytre preg som er avgjørende. Det vil dermed ikke være nødvendig å foreta en konkret vurdering av om ytelsens karakter kan regnes som en fordel for den passive bestikker. Videre vil hensynet til en effektiv bestemmelse tale for en objektiv tolkningsstandard.

Et vesentlig motargument mot et rent objektivt fordelsbegrep er at det ikke tar tilstrekkelig hensyn til bestikkelser uten interesse for folk flest. Begrunnelsen for å legge en subjektiv tolkningsstandard til grunn, er hvor mottakeren selv anser ytelsen som en ”fordel” egnet til å påvirke *dens* ”stilling, verv eller oppdrag”. Hensynet til en objektiv og rettferdig utøvelse av stillingsbeskrivelsen tilsier at også slike ytelser må regnes som fordeler i lovens forstand. Videre tilsier hensynet til en effektiv konkurranse og ressursutnyttelse at en subjektiv tolkningsstandard må legges til grunn. En objektiv vurdering vil medføre at man ser bort fra at mottakerens subjektive forhold har betydning for hvor effektivt bestikkelsen virker.⁷⁰ Det er på det rene at faren for påvirkning er klart størst der mottakeren selv oppfatter ytelsen som en berikelse.

Argumentasjonen viser at det ikke er noen tolkningsnorm som klart skiller seg ut. Flere argumenter, særlig hensynet til allmennhetens tillitt og hensynet til en praktisk regel, tilsier at inntrykket utad er viktig. En ren objektiv regel vil imidlertid være for snever, og det er nødvendig å supplere vurderingen med subjektive elementer. En ren subjektiv vurdering vil være i mottakerens interesse, men hensynet til denne har ikke stor vekt ved vurderingen av den objektive gjerningsbeskrivelsen. Samtidig vil en slik tolkningsstandard være lite praktisk blant annet bevismessig og er dermed ikke ønskelig ut fra et effektivitetshensyn.

⁷⁰ En subjektiv vurdering vil også ha betydning i forhold til skyldkravet (forsett).

Den beste løsning taler for at den passive bestikkers subjektive forhold bør være relevante momenter i en objektiv vurdering.

Problemstillingen har blitt drøftet av Thrap-Meyer, og samme løsning er lagt til grunn.⁷¹ Drøftelsen viser at en ren objektiv eller subjektiv vurdering av ytelsen vil være for snever. En ren subjektiv norm vil være vanskelig å håndheve siden det bevismessig er vanskelig å påvise om ytelsen subjektivt sett utgjør en fordel. En ren objektiv norm tar ikke hensyn til hva som kan motivere mottakeren til å utnytte dens ”stilling, verv eller oppdrag”. Både ytelser som objektiv er og/eller subjektivt oppleves som fordeler kan være effektive bestikkelser. Konklusjonen som fremstilles er en mellomløsning, en kombinasjon av en subjektiv og en objektiv norm, hvor mottakerens individuelle preferanser er relevante momenter i den objektive vurderingen.⁷²

Etter min mening er dette den mest effektive tolkningsnormen av fordelsbegrepet. En slik forståelse sørger for at alle tilfeller hvor den aktive bestikkers formål er å påvirke mottakeren, rammes av ordlyden. Alt som objektivt sett fremstår som en fordel, samt det som utgjør en fordel for mottakeren på bakgrunn av hans personlige preferanser, omfattes av dermed av fordelsbegrepet i straffeloven § 276 a.

Konklusjonen er dermed at en ytelse er en ”fordel” når den objektivt sett fremstår som en fordel, og når en objektiv vurdering av mottakerens subjektive preferanser tilsier at ytelsen utgjør en fordel.⁷³

4.7 Fordelsbegrepets yttergrense

Spørsmålet er om det må oppstilles et kvalitativt og/eller kvantitativt minstekrav til ytelsen for at den skal falle inn under fordelsbegrepet, slik at bagatellmessige ytelser som er av en

⁷¹ Thrap-Meyer (2001) drøftet problemstillingen ift offentlige tjenestemenn – side 287 flg.

⁷² Thrap-Meyer (2001) side 287 flg.

⁷³ Thrap-Meyer (2001) side 291.

minimal verdi holdes utenfor. Hensynet bak en slik begrensning vil være å gjøre allment aksepterte ytelser straffrie.

Alt som tilfører mottakeren noe omfattes i utgangspunktet av fordelsbegrepet, men fordelsbegrepet må kvalifiseres noe. Som nevnt tidligere er objektive forhold, samt subjektive forhold hos den passive bestikker, av betydning. Det er ikke grunnlag for generelt å utelukke bestemte ytelser fra å bli omfattet av fordelsbegrepet ut fra deres art eller karakter. Utover dette kan det ikke utledes at fordelsnormen vil variere etter den enkelte sak. Et kvalitetskrav kan ikke utledes direkte av fordelsbegrepets ordlyd, og forarbeidene nevner heller ikke noe om et slikt krav. Etter lovens ordlyd og forarbeidenes definisjon er fordelsbegrepet ment å være vidtrekkende, og samme forståelse av fordelsbegrepet skal legges til grunn både i privat og offentlig sektor.

Ved tolkning av fordelsbegrepet i tidligere straffelov § 112 uttales det i lovkommentaren at det ikke stilles ”noe krav om art eller kvalitet”.⁷⁴ Enhver fordel skal dermed omfattes av begrepet. Dette er i samsvar med dagens rettstilstand. At det ikke stilles noe minstekrav til ytelsens art eller omfang må ses i sammenheng med fordelsbegrepets stilling i gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 276 a. Det er ikke tilstrekkelig at bestikkelsen kan karakteriseres som en ”fordel”, fordelens må også etter en konkret helhetsvurdering være ”utilbørlig”. Straffebudets oppbygning tilsier at det ikke er en innskrenkende tolkning av fordelsbegrepet som trekker grensen mellom lovlige og ulovlige handlinger, men et utilbørlighetskriterium. Dette er i samsvar med uttalelser i forarbeidene:

”Departementet deler Straffelovrådets og flertallet av høringsinstansenes oppfatning om at grensen mot straffrie handlinger bør trekkes ved hjelp av et *utilbørlighetskriterium*”.⁷⁵

Hensynet til en effektiv bestemmelse taler for at fordelsbegrepet ikke vil variere etter den konkrete sak, og at det ikke innfortolkes et krav til ytelsens art eller omfang. Motsatt

⁷⁴ Bratholm (1997) side 108.

⁷⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 34.

løsning ville kunne skape vanskelige avgrensingsproblemer, uheldige forskjeller, omgåelsesmuligheter og rettsusikkerhet. At ytelsen for eksempel er bagatellmessig, ikke egnet til å påvirke den passive bestikker eller gitt i forbindelse med en spesiell anledning vil være momenter i utilbørighetsvurderingen.

4.8 Tilegnelse av eiendomsrett

Det er på det rene at både økonomiske og ikke-økonomiske ytelser omfattes av fordelsbegrepet. Spørsmålet videre er om løfter om slike fordeler kan utgjøre et korrupsjonsmiddel. Også et løfte om en fordel må regnes som en ”fordel” i lovens forstand, fordi et slikt løfte i seg selv kan utgjøre en fordel. Et løfte om å få noe eller kjøpe noe til en redusert pris kan ha til hensikt å påvirke mottakerens innstilling. Et eksempel kan være at en person lover en politimann en billett til en fotballkamp. Politimannen får dermed et motiv for gjenytelse til løftegiveren. At løfter omfattes av fordelsbegrepet, er i samsvar med forarbeidenes uttalelse om at ”alt den passive bestikker ser seg tjent med eller kan dra nytte av, er å anse som en fordel i lovens forstand”.⁷⁶

Spørsmålet videre er om ytelse må ha blitt fysisk overført til mottakeren. En vederlagsfri (helt eller delvis) bruksrettighet er også klart noe som mottakeren kan se seg tjent med eller dra nytte av.

I Screen Communication-saken⁷⁷ mottok to markeds- og salgssjefer hver sin tv til en verdi av 30.000. Det ble ikke ytet vederlag, og begge ble derfor dømt for passiv korrupsjon. Den ene tiltalte erkjente ikke straffeskyld, og hevdet at han hadde mottatt tv-en først til utlån til bruk på messer og lignende for sin daværende arbeidsgiver, og at han senere skulle få kjøpe tv-en til privat bruk og eie i henhold til en privat kjøpsavtale, da til en redusert pris. Rettens flertall utelukker ikke og har lagt til grunn at vedkommende i utgangspunktet først fikk tv-

⁷⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

⁷⁷ TOSLO-2008-32091.

en på utlån, for deretter i utgangspunktet å ha ment å skulle kjøpe tv-en av Screen Communication til en rimelig penge. Flertallet uttaler videre;

”Flertallet har *likevel* kommet til at B skal dømmes for korrupsjon for tilegnelsen av tv-en”. Begrunnelsen var at tiltalte etter arbeidsforholdets avslutning valgte å beholde tv-en uten å forsøke å betale for den, levere den tilbake eller på annen måte få avklart forholdet.

Ordet ”likevel” tilsier at retten ikke anså det tilstrekkelig at tiltalte fikk gjenstanden til utlån, eller en senere rett til å kjøpe den. Dette stemmer dårlig overens med tidligere drøftelser. En vederlagsfri (helt eller delvis) bruksrettighet eller et løfte om å få kjøpe noe til en redusert pris kan klart ha en påvirkningseffekt på mottakeren. Flertallet la vekt på at tiltalte etter arbeidsforholdets avslutning valgte å beholde tv-en uten å forsøke å betale for den, levere den tilbake eller på annen måte avklare forholdet. Tiltalte burde forstått at han ikke måtte betale for tv-en. Rettens formulering må knytte seg til drøftelsen av skyldkravet (forsett), og ikke til hva som er en ”fordel” i lovens forstand.

Konklusjonen er etter dette at mottakeren ikke trenger å få eiendomsretten til fysiske ytelser for at det skal foreligge en ”fordel” i lovens forstand.

4.9 Unnlatelser

Videre vil jeg drøfte om unnlatelser hos bestikkeren kan være en ”fordel” og dermed omfattes av fordelsbegrepet i straffeloven § 276 a.

En alminnelig språklig forståelse av lovens ordlyd tilsier at også unnlatelser kan være en ”fordel”. Det sentrale i fordelsbegrepet er at mottakeren kommer i en bedre posisjon enn hva som var tilfellet tidligere, og mottakeren kan antagelig dra nytte av eller se seg tjent med både handlinger og unnlatelser hos bestikkeren. Dersom en saksbehandler i kommunen unnlater å vurdere en byggesak eller lar en byggesak ligge uforholdsmessig lenge, kan dette være en ”fordel” for den passive bestikker.

I bestemmelsens forarbeider og juridisk teori tales det om bestikkerens ”ytelse” eller ”handling” til mottakeren. Ordet ”ytelse” leder tanken mot aktive handlinger, som for eksempel penger, varer eller tjenester. Dette tilsier at unnlatelser faller utenfor bestemmelsens fordelsbegrep.

I straffelovskomentaren uttales det imidlertid at også ”fortielse av negativ opplysning” er en fordel etter § 112.⁷⁸ Dette er et klart eksempel på en unnlatelse hos bestikkeren. Videre uttales det i forbindelse med tilknytningskravet at det må være en sammenheng mellom kravet på fordel og den handlingen tjenestemannen utfører eller ”unnlater å utføre”. Dette tilsier at unnlatelser omfattes av fordelsbegrepet i straffeloven § 276 a. Man kan for eksempel tenke seg at en journalist unnlater å trykke en negativ artikkel om sjefen i Plan- og bygningsetaten, mot at sjefen innvilger journalistens byggesøknad.

Spørsmålet om unnlatelser blir verken drøftet i konvensjonene eller i forarbeidene til straffeloven § 276 a. Dette tilsier imidlertid ikke at unnlatelser må falle utenfor lovens fordelsbegrep. De beste grunner taler for at unnlatelser bør omfattes av fordelsbegrepet. Å la være, overse eller unnlate kan også være en form for ”fordel”. Lovens ordlyd, forarbeidenes definisjon og hensynet til en effektiv bestemmelse tilsier at unnlatelser skal omfattes av fordelsbegrepet. Motsatt løsning ville medført omgåelsesmuligheter og at flere straffverdige forhold ville falt utenfor bestemmelsen. Hensynene til individual- og allmennprevensjon taler dermed for at unnlatelser bør være straffbare. Det legges dermed til grunn at unnlatelser hos bestikkeren er fordeler i lovens forstand.

Etter min mening må det samme synspunkt legges til grunn i forhold til besparelser. Også besparelser kan være et egnet korrupsjonsmiddel og bør omfattes av fordelsbegrepet i korrupsjonsbestemmelsen. Man kan tenke seg et eksempel hvor en ligningsfunksjonær overser at sjefen i plan og bygningsetaten har ført opp for mange fradrag på selvangivelsen, mot at sjefen innvilger byggesøknaden til ligningsfunksjonæren. For at

⁷⁸ Bratholm (1997) side 108.

korupsjonsbestemmelsene skal kunne brukes effektivt bør det ikke oppstilles noe krav om at mottakeren positivt har blitt tilført verdier.

Besparelser blir ansett som ”utbytte” av en straffbar handling etter heleribestemmelsen i straffeloven § 317. I forarbeidene til bestemmelsen blir det forutsatt at innsparte utgifter ved et lovbrudd kan være ”utbytte”, således besparelser ved ikke å følge et pålegg om å utføre bestemte tiltak.⁷⁹ I en avgjørelse angående heleribestemmelsen uttaler Høyesterett: ”I likhet med hva som gjelder for vinning i straffeloven § 34, i alle fall til en viss grad må regnes som ”utbytte”.⁸⁰ Språklig sett synes ”utbytte” å relatere seg til hva man tjener eller vil tjene på en straffbar handling, slik at det *ikke kreves* at man *positivt blir tilført fordeler*”. Etter min mening bør samme synspunkt legges til grunn i forhold til fordelsbegrepet.

4.10 Konklusjon fordelsbegrepet

I følge forarbeidene er kjernen i fordelsbegrepet om ytelsen er noe bestikkeren ”kan se seg tjent med eller dra nytte av”. Forarbeidenes definisjon er svært vidtgående, og omfatter alle positive ytelser som objektivt og /eller subjektivt sett bedrer mottakerens posisjon. Med bakgrunn i dette kan det ikke oppstilles et krav om at fordelen må ha en økonomisk verdi. Det kan heller ikke settes et krav til ytelsens art eller omfang. Opplysninger, løfter, unnlatelser, besparelser og rettigheter av ulike slag faller også inn under lovens fordelsbegrep. Grensen mot det ulovlige trekkes ikke ved en innskrenkende tolkning av fordelsbegrepet, men ved utilbørighetskriteriet.

⁷⁹ Ot.prp.nr.53 (1992-1993) side 12.

⁸⁰ Rt.1997 s.1637.

5 Utilbørighetsbegrepet

5.1 Innledning

Det fremgår klart av ordlyden i straffeloven § 276 a at det ikke er tilstrekkelig at bestikkerens ytelse er en ”fordel”. Ytelsen må etter en konkret vurdering være ”utilbørlig”. Utilbørighetsvilkåret er ment å avgrense bestemmelsens rekkevidde; ikke alle fordeler som gis ”i anledning av stilling, verv eller oppdrag” skal være straffbare. I det følgende vil det bli redegjort for når en ”fordel” er ”utilbørlig” i lovens forstand. Et spørsmål er hvor mye som skal til for at en ”fordel” skal anses ”utilbørlig”; hvor høyt ligger *terskelen for utilbørlighet*? Et annet spørsmål er hvilke relevante *momenter* som er relevante i utilbørighetsvurderingen.⁸¹

Jeg vil i det følgende vurdere bruken av rettslige standarder på strafferettens område og forholdet til rettsstridsreservasjonen. Deretter vil jeg redegjøre for utilbørighetsterskelen, herunder hvilke fordeler som etter omstendighetene er tilbørilige. Endelig vil jeg drøfte hvilke momenter som kan være relevante ved en utilbørighetsvurdering.

5.2 Utilbørighetsvilkåret som rettslig standard

5.2.1 Generelt

Utilbørighetsvilkåret er en rettslig standard, hvilket innebærer at bestemmelsens innhold vil variere etter de særlige omstendigheter som gjør seg gjeldende. Bestemmelsens egentlige innhold blir derfor fastlagt av domstolene, som ved vurderingen av standarden får spillerom for sitt skjønn og kan benytte seg av en moralsk, rettslig og sosialetisk vurdering.

⁸¹ Stoltenberg (2007) side 81.

Fordelen med å anvende en rettslig standard i gjerningsbeskrivelsen, er at bestemmelsen blir dynamisk og kan endre seg i takt med de til enhver tid rådende moral- og rettsoppfatninger i samfunnet. Ulempen er at bestemmelsen kan bli for generell, og dermed gjøre det vanskelig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. Dette gjelder spesielt før innholdet i standarden er blitt nærmere fastlagt i rettspraksis.

Tradisjonelt sett har det vært reist innvendinger mot å benytte rettslige standarder på strafferettens område, der legalitetsprinsippet vektlegges med stor tyngde. Jeg vil derfor i det følgende redegjøre for utilbørighetsvilkåret som rettslig standard, samt forholdet til legalitetsprinsippet.

5.2.2 Begrepet "utilbørlig" som rettslig standard

Det fremgår av forarbeidene at begrepet "utilbørlig" er en rettslig standard som skal angi grensen mellom straffrie og straffbare forhold.⁸² Dette er presisert på følgende måte:

"Det er ikke den enkelte dommers personlige oppfatning som skal være avgjørende for hvilke handlinger som er å anse som utilbørlige og dermed straffbare. Vurderingen skal bero på oppfatningen i samfunnet i lys av de reelle hensyn og grunnleggende verdier som ligger bak bestemmelsen. Utilbørighetsstandarden vil derfor ikke ligge fast, men utvikles på bakgrunn av det rådende moralsynet i samfunnet til enhver tid".⁸³

Med bakgrunn i dette kan det være vanskelig å anslå hvorvidt en fordel er "utilbørlig" siden den rettslige standarden er en relativ norm. Utilbørighetsbegrepets innhold i straffeloven § 276 a vil forandre seg over tid og i takt med samfunnets rettsoppfatning. Rettsanvenderen må se hen til hva som til enhver tid er å anse som en "utilbørlig fordel" ved avgjørelsen om

⁸² NOU 2002:22 side 50.

⁸³ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 34.

den aktuelle fordel er utilbørlig eller ikke. Utilbørlighetsvurderingen vil dermed ha et *dynamisk preg* som gjør at rettstilstanden vil utvikle seg over tid. Videre er utilbørlighetsstandarden objektiv.

5.2.3 Forholdet til legalitetsprinsippet

På strafferettens område er legalitetsprinsippet grunnlovsfestet, jfr. Grunnloven § 96. Prinsippet har derfor stor vekt. Legalitetsprinsippet innebærer at ingen kan straffes uten etter lov. Med andre ord vil lovtekstens ordlyd være helt sentral og ha særlig vekt. Dette innebærer videre at gjerningsbeskrivelsen i det enkelte straffebud må være tilstrekkelig klar og entydig.

Et krav om utilbørlighet reiser vanskelige avgrensningsspørsmål, og det kan oppstå vanskeligheter for borgerne å forutberegne sin rettsstilling, herunder innrette seg etter et slikt straffebud. Siden utilbørlighetsvilkåret er svært vidt og vagt, blir vurderingen i stor grad overlatt til dommerens skjønn, noe som kan føre til vilkårlighet fra domstolenes side. Dommerskjønnet må med andre ord ikke være for vidt slik at straff alene idømmes på bakgrunn av hva dommeren anser straffverdig. Jo klarere et straffebud fremstår, desto enklere er det for borgerne å forutse sin rettsstilling. Problemet med begrepet ”utilbørlig” er at ordlyden gir liten veiledning om hvordan begrepet skal forstås. Hensynet til rettssikkerhet og forutberegnelighet tilsier dermed at rettslige standarder helst bør unngås på strafferettens område.

Imidlertid er rettslige standarder i strafferetten ikke uvanlig, men som Høyesterett påpeker at bruken medfører særlige utfordringer:

”Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblematisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnloven §

96. Jeg er enig med lagmannsretten i at denne type straffebestemmelser må *tolkes med varsomhet..*”⁸⁴

Under høringsrunden kom det innvendinger mot at bestemmelsen var for generell, noe som videre gjør det vanskelig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. Hordaland Statsadvokatembeter fremholdt blant annet at lovteksten var for vid i sin utforming og ”*problematiske i forhold til lovskravet*”.⁸⁵ Lovgiver var oppmerksom på at det kan reises innvendinger mot at den straffbare handling ikke angis mer presist, og at den rettslige standarden vil kunne reise vanskelige avgrensningsspørsmål i grenseområdet mellom lovlige og ulovlige handlinger. Imidlertid uttales det videre at utformingen med et utilbørighetskriterium er det mest hensiktsmessige, og at bestemmelsen tilfredsstiller de krav som med ”*rimelighet må stilles til klarhet og forutberegnelighet*”.⁸⁶ Til tross for kritikken valgte man dermed å beholde utilbørighetskriteriet som avgrensningskriterium for grensen mellom straffbare og straffrie fordeler.

Departementet uttalte i den forbindelse:

”..under norske forhold har verken den som foretar en ”bestikkelse” eller den som mottar den, noen rimelig grunn til å balansere på kanten av en straffebestemmelse om korrupsjon.”⁸⁷

Det uttales videre at det ikke er gitt at en mer detaljert gjerningsbeskrivelse ville ha skapt noen større grad av klarhet og forutberegnelighet. I tillegg er faren stor for at en mer detaljert formulering ikke vil fange opp alle de tilfellene man ønsker å ramme med bestemmelsen.

⁸⁴ Rt.2005 s.1628

⁸⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 29.

⁸⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 34-35.

⁸⁷ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 35.

5.2.4 Hvorfor er denne lovgivningsteknikken valgt?

Bakgrunnen for valget av utilbørighetsbegrepet som avgrensningskriterium var lovgivers ønske om en ny generell bestemmelse mot aktiv og passiv korrupsjon i både privat og offentlig sektor. I utgangspunktet tilsier lovtekniske hensyn at straffebudene bør være oversiktlige og enkelt formulert. Et vidtrekkende anvendelsesområde medfører at svært ulike forhold faller innenfor samme bestemmelse, noe som gjorde lovutformingene krevende. Det uttales i forarbeidene at vi i norsk strafferett har tradisjon for å la grensen for det straffbare trekkes ved skjønnsmessige kriterier, fremfor en detaljregulering av hvert enkelt tilfelle.⁸⁸ Departementet begrunner dette med at en mer detaljert gjerningsbeskrivelse ikke nødvendigvis skaper en større grad av klarhet og forutberegnelighet for folk flest, et krav om utilbørighet vil derimot ofte fremstå som mer veiledende for ikke-jurister. Lange og detaljerte beskrivelser av hva som omfattes av straffebudet kan gjøre det vanskelig for folk flest å se hva som egentlig omfattes av gjerningsbeskrivelsen. Det uttales videre at en mer detaljert formulering antageligvis ikke vil fange opp alle de tilfellene man ønsker å ramme gjennom straffebudet.⁸⁹ En detaljert angivelse av det straffbare vil kunne skape uheldige omgåelsesmuligheter i praksis. Videre ville det vært nødvendig med hyppige lovendringer ettersom holdningene i samfunnet forandrer seg over tid. Lovteknisk sett kan rettslige standarder vanskelig unnværes, men den elastisitet i rettsanvendelsen som derved oppnås, må veies mot faren for vilkårlighet og rettsusikkerhet.

⁸⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 35.

⁸⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 35.

5.3 Utilbørighetsterskelen

5.3.1 Utilbørighetstetsbegrepet og forholdet til den alminnelige rettsstridsreservasjonen

En rekke straffebud i straffeloven har et krav om at handlingen må være rettsstridig for å være straffbar. Når et straffebud inneholder en rettslig standard, sier man gjerne at bestemmelsen har en uttrykkelig rettsstridsreservasjon. Ordet ”utilbørlig” blir dermed ofte brukt som en henvisning til rettsstridsreservasjonen. Det kan derfor stilles spørsmål om utilbørighetstetsbegrepet må tolkes som et koblingsord til den alminnelige rettsstridsreservasjonen.

Prinsippet om en alminnelig rettsstridsreservasjon innebærer at straffeloven § 276 a må tolkes med forbehold for *unntakssituasjoner* som det ikke har vært meningen å ramme med straff.⁹⁰ Ved utformingen av et straffebud er det praktisk talt umulig å tenke seg alle mulige situasjoner som kan rammes av lovens ordlyd, og det vil videre være umulig å oppstille unntak for slike tilfeller i lovteksten. Utilbørighetstetsbegrepet er isolert sett innholdstomt. Hvorvidt handlingen eller unnlatelsen er straffverdig, må avgjøres etter en helhetsvurdering. Lovgiver gir dermed en mulighet til å unngå å straffe tilfeller hvor straff fremstår som en urimelig reaksjon, selv om handlingen eller unnlatelsen isolert sett rammes av ordlyden.

Handlinger som ikke har vært lovgivers intensjon å ramme, er straffrie som ikke rettsstridige. Dette vil bero på en konkret helhetsvurdering. Sentralt ved vurderingen står lovens formål og hvilke interesser straffeloven § 276 a er satt til å verne, samt de interesser gjerningspersonens handling ivaretar (interesseavveining).⁹¹ Handlingens straffverdighet og hensynet til prevensjon vil være av betydning, i tillegg til andre hensyn som

⁹⁰ Andenæs (2007) side 154 flg.

⁹¹ Se pkt 1.3.

konsekvensbetraktninger (konsekvensen av at handlingen eller unnlatelsen fremstår rettmessig), forutberegnelighet og likhetshensyn. Avveiningen vil også bero på om det er rimelig å straffe i det enkelte tilfelle. Forarbeidene oppstiller noen momenter og retningslinjer ved vurderingen for grensen mellom straffrie fordeler og straffbar korrupsjon.⁹²

I praksis vil utilbørighetsstandarden kunne gi samme resultat som om det hadde blitt operert med en særskilt unntaksregel. Til tross for at Norge har latt være å benytte seg av unntaksmuligheten i forarbeidene til OECD-konvensjonen⁹³, så opereres det i realiteten likevel med et unntak for visse typer fordeler.

5.3.2 Et klart klanderverdig forhold

Straffeloven § 276 a gir ingen definisjon av utilbørighetsvilkåret. En språklig fortolkning av ordet ”utilbørlig” gir liten veiledning i hvordan begrepet skal forstås. Uttrykket er lite presist, og angir ingen klar grense for når et krav eller et tilbud om en ytelse er straffritt eller rettsstridig.

OECD-konvensjonen og Europarådskonvensjonen beskriver korrupsjonsmidlet som ”undue advantage”.⁹⁴ I Europakonvensjonens ”explanatory report” forklares begrepet ”undue” på følgende måte:

””Undue” for the purpose of the Convention should be interpreted as something that the recipient is *not lawfully entitled to accept or receive*”.⁹⁵

⁹² Se pkt 5.5.

⁹³ OECD-konvensjonens forklarende merknader pkt 9.

⁹⁴ Europakonvensjonen benytter begrepet ”undue advantage” flere steder. OECD-konvensjonen benytter begrepet ”any undue pecuniary or other advantage”.

⁹⁵ Europarådskonvensjonens forklarende rapport pkt. 38

At fordeler som er tillatt etter skrevet lov ikke skal falle inn under begrepet er også presisert i OECD-konvensjonen i pkt.8. Uttrykket ”utilbørlig” kan forstås som ulovlig⁹⁶, og i mange tilfeller vil det som er ulovlig også utgjøre en utilbørlig fordel etter straffeloven § 276 a. Men at fordelen er ulovlig er ikke alltid tilstrekkelig.

I forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsene har man forsøkt å kvalifisere utilbørlighetsstandarden ved å si at det må foreligge et *klart klanderverdig forhold*.

Straffelovrådet uttaler:

*”Det er ikke tilstrekkelig at forholdet er kritikkverdig. Ved at loven bruker uttrykket utilbørlig er det gitt en margin slik at tjenestemannen eller den næringsdrivende ikke skal kunne straffes med mindre det er et klart klanderverdig forhold.”*⁹⁷

Dette tilsier at forarbeidene ønsker å begrense korrupsjonsbestemmelsens anvendelsesområde. Det kreves noe mer enn at man etter en konkret vurdering finner grunn til å bebreide den aktive eller passive og aktive bestikker. Straffelovrådet uttalte videre at det er en ”*ganske sterk fordømmelse*” som ligger i uttrykket ”utilbørlig”. Dette synes å være en uheldig innsnevring av bestemmelsens virkeområde. Transparency International kom med innvendinger mot formuleringen i sin høringsuttalelse. Organisasjonen mente at terskelen for det utilbørlige måtte være lavere enn dette.⁹⁸ Formuleringen er ikke fulgt opp i de øvrige forarbeider.

Departementet deler i utgangspunktet Straffelovrådets oppfatning om at det må foreligge et *klart klanderverdig forhold* for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.⁹⁹ Uttalelsen er senere gjengitt i blant annet Agder Energi-saken og Ullevål-saken.¹⁰⁰ Ettersom ordet

⁹⁶ Eskeland (2006) side 138-139.

⁹⁷ NOU 2002:22 side 39.

⁹⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 31.

⁹⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 34-35.

¹⁰⁰ Agder Energi-saken LA-2007-149713 og Ullevål-saken TOSLO-2005-134006.

”ganske” er fjernet i proposisjonen tilsier dette at Straffelovsrådet la til grunn en noe lavere utilbørighetsterskel enn det departementet gjorde.

Det er dermed et vilkår for straff etter straffeloven § 276 a at det foreligger et *klart klanderverdig forhold*. Dette vil være utgangspunktet for enhver utilbørighetsvurdering. Spørsmålet i det følgende blir hva som ligger i dette skjønnsmessige uttrykket.

Det er på det rene at hva som er *klare klanderverdige forhold* vil variere etter den konkrete sak. Dette har sammenheng med at lovens utilbørighetsvilkår er en rettslig standard, hvilket innebærer at bestemmelsens innhold vil variere etter de særlige omstendigheter som gjør seg gjeldende i hver enkelt sak. Hensynet til en effektiv bestemmelse mot korrupsjon taler mot å trekke en absolutt nedre grense i forhold til hva som er et klart klanderverdig forhold.

5.3.3 Ulike terskler for utilbørighet

Det fremgår av forarbeidene at terskelen for hva som skal regnes som ”utilbørlig fordel” kan variere ”*fra virksomhetsområde til virksomhetsområde, fra bedrift til bedrift og fra etat til etat*”.¹⁰¹ Dette medfører at det ikke foreligger en generell norm om hva som er klart klanderverdig. Det er imidlertid klart at det i visse situasjoner kan være grunn til å heve eller senke utilbørighetsterskelen.

Utilbørighetsterskelen vil særlig variere mellom privat og offentlig virksomhet, men også mellom ulike etater eller virksomheter. Det vil som regel være strengere krav til en offentlig tjenestemann enn til en arbeidstaker i privat virksomhet, og særlig gjelder det hvis arbeidet går ut på å fatte eller forberede beslutninger.¹⁰² Reelt sett bør kravene skjerpes i det offentlige, fordi de hensyn straffereglene skal verne, gjør seg sterkere gjeldende i

¹⁰¹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁰² Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 35.

offentlige forhold enn i private. Det må tas vesentlig hensyn til opprettholdelsen av allmennhetens tillitt til en objektiv og upartisk administrasjon. Et mistillitsforhold til den offentlige administrasjon kan få svært uheldige konsekvenser for forvaltningen og demokratiet. I Ullevål-saken¹⁰³ ble det uttalt at ansatte i bedrifter som tilføres midler fra det offentlige bør være underlagt en streng norm, idet det er viktig å sikre at fellesskapets midler forvaltes på en forsvarlig måte. Man kan dermed gå ut fra at fordeler som er utilbørlige i private forhold, i alle fall vil være utilbørlige i offentlige forhold. Det er dermed viktig å kartlegge hvilket område en korrupsjonssak knytter seg til.

Imidlertid kan det også være store forskjeller innen hver enkelt sektor. I det offentlige er ”personer som utøver kontrollfunksjoner” underlagt en streng norm. For eksempel vil lærere og leger som er ansatte i det offentlige kunne akseptere mindre gaver enn dommere, politimenn og tollere, som er underlagt en streng norm. Konsekvensene blir svært alvorlige dersom en dommer lar seg korrumpere. Prevensjonshensyn tilsier at utilbørlighetsterskelen ikke bør være høy. Omvendt kan relative verdifulle gaver være akseptable i situasjoner hvor personer i andre stillinger og posisjoner er involvert. Ansatte i serviceyrker kan ofte motta ”relativt verdifulle gaver fra kunder, uten at dette kan sies å være utilbørlig”.¹⁰⁴

Virksomheter som utøver funksjoner på vegne av samfunnet bør etter omstendighetene bli vurdert på tilnærmet lik linje som offentlig virksomhet, selv om de ansatte ikke kan betegnes som offentlige tjenestemenn.¹⁰⁵ Man kan som eksempel nevne den økende privatiseringen innen helse og utdanning. Sykehusplasser og utdanningsplasser er ofte knapphetsgoder. Følgende kan bli alvorlige dersom forvalterne lar seg korrumpere, for eksempel ved at den aktive bestikker betaler seg til en plass forbi køen.

Det finnes private organisasjoner hvor normen for utilbørlighet bør være strengere enn i det private næringsliv for øvrig. Forarbeidene vektlegger at personer som arbeider for en ikke-statlig organisasjon med et ideelt formål, må finne seg i å være underlagt en ”*relativt streng*

¹⁰³ TOSLO-2005-134006.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁰⁵ NOU 2002:22 side 39.

norm”.¹⁰⁶ Slike organisasjoner ivaretar ofte samfunnets felles interesser og det er av stor betydning at deres virksomhet blir drevet på et objektiv grunnlag. En av de mest alvorlige korrupsjonssaker norsk rett har hatt til behandling, er Røde Kors-saken.¹⁰⁷ En høyt betrodd medarbeider ble dømt for å ha tappet den humanitære organisasjonen for penger. En tidligere økonomisjef i Røde Kors ble dømt til fem år og seks måneders fengsel og en erstatning på 12,4 millioner kroner for utroskap ved korrupsjon. Økonomisjefen i Røde Kors tildelte et rehabiliteringsoppdrag uten anbud, til et firma eid av ham selv og hans to brødre. Firmaet fakturerte for 17 millioner kroner mer enn det som var avtalt i kontrakten. Retten la til grunn at økonomisjefen sørget for utbetaling av fiktive fakturaer for minst 8,8 millioner kroner.

I domspremissene la retten særskilt vekt på det massive tillitsbruddet mot Røde Kors, hvor han i kraft av sin sentrale stilling sørget for at store beløp kom han og hans nærstående til gode. Røde Kors ble påført et stort økonomisk tap. Det fremgår videre at det etter rettens oppfatning er ”spesielt graverende at en humanitær organisasjon som Røde Kors med hovedformål å hjelpe nødstilte mennesker blir utsatt for en slik utroskap”. Retten finner det klart at det for en organisasjon som er avhengig av et godt omdømme for å motta bidrag for derved å kunne settes i stand til å yte hjelp, er svært skadelig når et slikt tillitsbrudd begås. Allmennhetens tillitt svekkes dersom de får vite at bidrag forsvinner til utro tjenere, og retten anser at dette vil ha en klart negativ effekt på sikt. De sterke allmennpreventive hensyn tilsier at det må reageres strengt.

Straffelovrådet antar at alminnelige bidrag fra borgerne til politiske partier, må anses lovlige.¹⁰⁸ Departementet slutter seg til denne vurderingen, og tilføyer at heller ikke bidrag som går utover det alminnelige uten videre vil være å anse som utilbørlige.¹⁰⁹

Straffeloven § 276 a annet ledd rammer utilbørlige fordeler som gis i anledning ”stilling, verv eller oppdrag i utlandet”. I utgangspunktet skal det foretas en vanlig

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 56.

¹⁰⁷ TOSLO-2004-59280.

¹⁰⁸ NOU 2002:22 side 39.

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 35.

utilbørighetsvurdering, men forarbeidene påpeker at utilbørighetsvurderingen ikke vil være upåvirket av forholdene i det aktuelle land. Det kan være store forskjeller fra land til land i forretningsmoral, forvaltningsskikk og sedvane, noe som må tas i betraktning ved utilbørighetsvurderingen.¹¹⁰ En del såkalte ”facilitation payments” kan ikke karakteriseres som utilbørlige. Det må selvsagt utøves et skjønn i hver enkelt situasjon.

Utilbørighetsnormen vil også variere med mottakerens stilling innad i organisasjonen. Personer i ledende stillinger og andre nøkkelpersoner vil som regel være underlagt en strengere norm enn øvrige ansatte.

Endelig må det påpekes at det ovennevnte må regnes som et utgangspunkt ved utilbørighetsvurderingen. Dersom omstendighetene i den enkelte sak tilsier det, vil utgangspunktene kunne fravikes.

5.3.4 Tidspunktet for utilbørighetsvurderingen

Utilbørighetsstandarden vil endre seg med tiden og samfunnsutviklingen, og det er derfor viktig å fastslå hvilket tidspunkt vurderingen skal knyttes til. Etter norsk strafferett må straffbarhetsvilkårene være ”oppfylt på handlingstidspunktet, det vil si da den straffbare handlingen ble begått”.¹¹¹ Etter dette kan det legges til grunn at utilbørighetsvurderingen må knyttes til tidspunktet for den straffbare handling.

5.4 Avgrensning mot tilbørlige fordeler

Utgangspunktene ved utilbørighetsvurderingen tilsier at ikke alle fordeler fra bestikkeren er utilbørlige i lovens forstand. Det skal en del til før forholdet er klart klanderverdig, og

¹¹⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 56.

¹¹¹ Se for eksempel Eskeland (2006) side 181.

det må derfor avgrenses mot fordeler som mottakeren har rett til å ta imot.¹¹² I det følgende vil det redegjøres for hvilke fordeler som normalt vil være tilbørlige i seg selv, det vil si uavhengig av omstendighetene rundt fordelene.

5.4.1 Private fordeler

Straffeloven § 276 a rammer bare utilbørlige fordeler som tilbys, kreves eller mottas ”i anledning av” den passive bestikkers ”stilling verv eller oppdrag”. I dette ligger det et krav om sammenheng mellom fordelene og stillingen, vervet eller oppdraget. Forarbeidene påpeker at fordeler som den passive bestikker tilbys, krever eller mottar som privatperson, faller utenfor straffebudets anvendelsesområde.¹¹³ Dette videreføres i Fesil-saken, hvor det fremgår at fordeler som den passive bestikker ”tilbys, krever eller mottar som privatperson, har ikke sammenheng med vedkommendes stilling og rammes derfor ikke”.¹¹⁴ Det må derfor redegjøres for når fordeler mottas som privatperson.

Begrepene ”stilling, verv eller oppdrag” favner vidt og omfatter alle typer av ansettelsesforhold, verv og oppdragsforhold for både offentlige og private arbeids- og oppdragsgivere.¹¹⁵ Det vil si at det er uten betydning om vedkommende besitter vervet i kraft av valg eller utnevning. Både tillitsvalgte og folkevalgte i foreninger og organisasjoner faller inn under bestemmelsen. I tillegg har det ingen betydning om vedkommende er fast ansatt, konsulent eller innleid for et enkeltstående oppdrag. Selv svært kortvarige oppdragsforhold rammes også av bestemmelsen. En dommer, som under et idrettsarrangement mottar en utilbørlig fordel fra en utøver eller en person som har satset penger på et bestemt utfall, kan derfor straffes for korrupsjon.

¹¹² NOU 2002:22 side 38.

¹¹³ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

¹¹⁴ LH-2007-158006.

¹¹⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 53.

I utgangspunktet har det ingen betydning hvem som mottar fordelene. En person kan gi en gave til en god venn som dessuten er saksbehandler i Plan- og bygningsetaten i kommunen. Imidlertid må det reelle forhold legges til grunn. Dersom giveren er entreprenør og utfører oppdrag på vegne av kommunen kan vurderingen stilles annerledes. Da er det nærliggende å tro at gaven er gitt på bakgrunn av saksbehandlerens ”stilling, verv eller oppdrag”. Fordeler som blir gitt i anledning av personlige forhold, kan rammes av bestemmelsen. Fordelens verdi og personlige relasjoner vil være momenter som tilsier at fordelene er tilbørlig.

I Screen Communication-saken¹¹⁶ hevdet den ene tiltalte at han deltok på en reise som privatperson, fordi han avsto fra faglige aktiviteter, og ønsket å bruke turen til personlig rekreasjon. Retten fant det bevist at han mottok den utilbørlige reisen i anledning sin stilling, og dømte vedkommende for passiv korrupsjon. Dommen viser at det reelle forhold må legges til grunn.

5.4.2 Andre fordeler

Det fremgår av forarbeidene at ”mindre verdifulle fordeler og andre fordeler som det vil stride mot den alminnelige rettsbevissthet å kriminalisere, er ikke å anse som utilbørlige”.¹¹⁷ Dette er i samsvar med Europarådskonvensjonens rapport;

”For the drafters of the Convention, the adjective ”undue” aims at excluding advantages *permitted by the law* or by the *administrative rules* as well as *minimum gifts, gifts of very low value or socially acceptable gifts*.”¹¹⁸

Formuleringene i forarbeidene og rapporten er imidlertid skjønnsmessige, og det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle. Straffelovrådet uttaler at det kan trekkes en grense mot

¹¹⁶ TOSLO-2008-32091.

¹¹⁷ Ot.prpnr.78 (2002-2003) side 55.

¹¹⁸ Europarådskonvensjonens forklarende rapport pkt 38.

”bagatellmessige fordeler som har målbar økonomisk verdi, som for eksempel blomsterbuketter, kalendere og andre mindre leilighetsgaver”.¹¹⁹ Uttalelsen følges opp i Fesil-saken hvor det heter at ”bagatellmessige gaver og annen oppmerksomhet vil sjelden rammes av utilbørighetsvilkåret”.¹²⁰ Ordet ”sjelden” viser til at unntak kan tenkes.

Videre uttales det i forarbeidene at også fordeler fra mottakerens egen arbeids- eller oppdragsgiver, alternativt krav eller tilbud om slike fordeler, faller utenfor straffeloven § 276 a. Som eksempler nevnes ”utilbørlige lønnskrav, fallskjermer eller bonusordninger”.¹²¹ Heller ikke er bestemmelsen ment å ramme utilbørlige vederlag for varer eller tjenester eller krav om slikt vederlag.

I Ullevål-saken uttales det at lovgivers hensikt er å ramme ”fordeler som folk flest reagerer mot i lys av reelle hensyn og grunnleggende verdier, mens mindre verdifulle fordeler som det vil stride mot den alminnelige rettsoppfatning å kriminalisere skal holdes utenfor”.¹²² I tingrettens dom i Fesil-saken presiseres det at kjernen i straffeloven § 276 a er ”å ramme de mer alvorlige forhold”, og at dette er forhold som ut fra ”økonomiske og andre verdivurderinger” er ”klart i strid med hva en opplyst opinion finner moralsk og etisk samfunnsmessig akseptabelt”.¹²³

Straffelovsrådet uttaler at ”oppmerksomheter som ytes i forbindelse med mottakerens virke i alminnelighet, for eksempel i forbindelse med jubileum, fratreden eller forflyttelse” er ”normalt” ikke ”utilbørlig”.¹²⁴ Gaver som ytes på bakgrunn av situasjoner hvor det er normalt å gi gaver eller bidrag, må dermed anses tilbørlige. Andre eksempler på situasjoner kan være sykdom eller skade, høytider og fødselsdager. I slike tilfeller vil gaven ha en naturlig foranledning, og det synes klart at lovgiver ikke ønsker å ramme vanlig skikk og bruk eller alminnelig høflighet. Pårørende som gir sykehuspersonalet en konfekteske til jul,

¹¹⁹ NOU 2002:22 side 38.

¹²⁰ LH-2007-158006.

¹²¹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 54.

¹²² TOSLO-2005-134006.

¹²³ Rana tingretts dom av 27.09.07 side 16.

¹²⁴ NOU 2002:22 side 38.

faller utenfor bestemmelsen. Forarbeidene nevner som eksempel at dersom en advokat sender ei flaske vin eller en eske konfekt som julegave til kontorpersonalet i en domstol hvert år, er fordelene tilbørlig.¹²⁵ Dersom en dommer mottar en gave fra en advokat, og dette skjer i kort tid etter dommeren har avsagt dom i favør av en av advokatens klienter, kan forholdet lettere få et utilbørlig preg. Ytes gaven rett før dom faller, vil den i utgangspunktet være utilbørlig, men ikke hvis gaven har en naturlig foranledning, som for eksempel dommerens 60-års dag. Imidlertid må man ved slike omstendigheter se hen til gavens art og omfang, åpenhet rundt ytelsen og om forholdet mellom partene tilsier at det er naturlig at de gir hverandre gaver. I forhold til forarbeidenes eksempel kan det spørres om ikke ytelsen vil bidra til å svekke allmennhetens tillitt til dommerens upartiskhet.

Det er forutsatt i forarbeidene at fordelene ikke rammes av utilbørlighetsbegrepet dersom ytelsene ligger innenfor normale verdier for slike ytelser.¹²⁶ Eksempler på tilbørlige gaver kan være en kopp kaffe, konfektesker, reklamemateriell eller ytelser forbundet med vanlig representasjon, vin og blomster. Også mer verdifulle fordeler, som studiereiser, reklamemateriell, kurs og konferanser, må anses tilbørlig når formålet er å markedsføre et produkt og innholdet i programmet er forsvarlig og det foreligger åpenhet om forholdet. Derimot kan momenter som unødvendige luksuriøse hotell og dyre middager i tillegg til graden av åpenhet, medføre at omstendighetene likevel omfattes av utilbørlighetsbegrepet.¹²⁷

Et eksempel er Forsvarsbygg-Onninensaken.¹²⁸ En ansatt i elektrobransjen betalte en reise til en innkjøpsansvarlig i Forsvarsbygg og hans familie. Tiltalte hevdet at reisen var en gave i anledning innkjøperens 60 års dag. Reisen ble imidlertid gitt ett år etter bursdagen. Tiltalte ble dømt for aktiv korrupsjon. Avgjørelsen er et eksempel på at det reelle forhold må legges til grunn.

¹²⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹²⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹²⁷ NOU 2002:22 side 39.

¹²⁸ Toten tingretts avgjørelse av 26.04.06 s5

5.5 Relevante momenter i utilbørighetsvurderingen

5.5.1 Innledning

Det følger av forarbeidene at drøftelsen av utilbørighetsvilkåret beror på en ”*totalvurdering av situasjonen hvor en rekke momenter vil spille inn*”.¹²⁹ Spørsmålet om når en ”fordel” er ”utilbørlig” må derfor avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Det kan dermed ikke oppstilles en uttømmende liste over hvilke momenter som gjør seg gjeldende, og ingen av momentene er heller isolert sett avgjørende. I det følgende skal det redegjøres for hvilke momenter som kan være relevante i utilbørighetsvurderingen, samt hvilken vekt de ulike momentene har.

5.5.2 Momentene slik de fremgår av forarbeidene

Ordlyden i straffeloven § 276 a oppstiller ingen konkrete momenter. Forarbeidene fremstiller en presisering av det skjønnsmessige utilbørighetsvilkåret:

”Ved vurderingen av hva som er utilbørlig, må det foretas en *totalvurdering av situasjonen*, hvor en rekke momenter vil spille inn, slik som *formålet med ytelsen, ytelsens art og verdi*, hvilken grad av *åpenhet* som foreligger, hvilket *regelsett som eksisterer i bedriften eller bransjen*, om forholdet gjelder *offentlige tjenestemenn eller private næringsliv*, og også ellers hvilken *posisjon henholdsvis giver og mottaker til ytelsen har*.”¹³⁰

Uttrykket ”slik som” tilsier at det ikke er noen uttømmende liste av relevante momenter som oppstilles i forarbeidene. Jeg vil i det følgende gjennomgå de ovennevnte momenter. Momentene som gjennomgås kommer som utgangspunkt til anvendelse i utilbørighetsvurderingen ved både passiv og aktiv korrupsjon.

¹²⁹ NOU 2002:22 side 31.

¹³⁰ NOU 2002:22 side 31, Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

5.5.3 Fordelens art og verdi

Som tidligere nevnt omfattes både økonomiske og ikke-økonomiske av fordelsbegrepet i straffeloven § 276 a. Det fremgår av forarbeidene at dersom fordelene har en økonomisk verdi, vil denne verdien utgjøre et naturlig utgangspunkt for utilbørighetsvurderingen.¹³¹ Det må generelt sett sies at jo høyere verdi en ytelse har, desto mer sannsynlig er det at forholdet er utilbørlig. Bagatellmessige gaver, som for eksempel blomsterbuketter, vil derfor normalt være tilbørlike.¹³²

5.5.3.1 Kan det oppstilles en beløpsgrense?

Spørsmålet i det følgende er om det kan oppstilles en beløpsgrense som skiller mellom tilbørlike og utilbørlike fordeler.

Ordlyden i straffeloven § 276 a gir ingen veiledning. Forarbeidene uttaler at det ikke kan gis noen generell grense på hvor verdifull fordel skal være, før den karakteriseres som utilbørlig.¹³³ Det gis dermed ingen retningslinjer for hvor stor verdien på fordelene må være for at den skal anses utilbørlig, til tross for at hensynet til forutberegnelighet tilsier at en slik beløpsgrense ville skapt klarhet. Begrunnelsen for at det ikke oppstilles en konkret beløpsgrense, er blant annet at også fordeler uten økonomisk verdi omfattes av bestemmelsen. I tillegg intenderer lovgiver at bestemmelsen skal være dynamisk, og en konkret beløpsgrense ville derimot gitt bestemmelsen et statisk preg.

Som nevnt vil fordeler med lav økonomisk verdi vanligvis ikke omfattes av bestemmelsen. Straffelovsrådet eksemplifiserer mindre verdifulle gaver som ”blomsterbuketter, kalendere og andre leilighetsgaver”.¹³⁴ I utgangspunktet vil utilbørighetsvilkåret avgrense mot slike

¹³¹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹³² NOU 2002:22 side 38.

¹³³ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹³⁴ NOU 2002:22 side 38.

fordeler, men det vil være avhengig av fordelens art og hva som er vanlig sedvane. Man kan dermed ikke se hen til fordelens økonomiske verdi isolert sett. Verdien av fordelene vil kun være ett av flere moment som må vektlegges i helhetsvurderingen. Man skal imidlertid være forsiktig med å legge avgjørende vekt på fordelens art og økonomiske verdi som moment ved utilbørighetsvurderingen. Det må også tas hensyn til omstendighetene ved gaven. Som eksempel nevner forarbeidene at dersom en advokat yter en gave til en dommer rett før domsavsigelse, vil den ”vanligvis være utilbørig”.¹³⁵ Dette gjelder selv om dommeren bare mottar en ”mindre verdifull gave”. Men forarbeidene påpeker at dersom gaven har en naturlig foranledning, som for eksempel et jubileum, vil den anses tilbørig, også dersom gaven er av en ikke ubetydelig verdi. I noen situasjoner kan det derfor være tilbørig å gi eller motta fordeler av en ikke ubetydelig verdi, i andre situasjoner kan det være utilbørig å gi eller motta fordeler med liten verdi. Dette tilsier at det ikke kan oppstilles et konkret minimumsbeløp som fordelene må overstige. At fordelens verdi er lav er ikke avgjørende, men det kan være et moment av betydelig vekt i den konkrete helhetsvurderingen.

5.5.3.2 Hvordan bør fordelens verdi beregnes?

Som nevnt vil fordelens økonomiske verdi være et moment av stor vekt i utilbørighetsvurderingen. Spørsmålet i det følgende er hvordan verdien av fordelene skal fastsettes.

Ordlyden i straffeloven § 276 a gir ingen veiledning. Verken forarbeidene eller rettspraksis drøfter konkret hvordan fordelens verdi skal beregnes. Utgiftene til den aktive bestikkeren kan ikke være avgjørende for beregningen. Bestikkerens kostnader kan gi et feilaktig bilde av fordelene som ytes. Ofte kan kostnadene til bestikkeren være lavere enn fordelens reelle verdi, for eksempel hvis bestikkeren har betalt innkjøpspris, kjøpt ytelsen på salg eller vunnet den i en konkurranse. Enkelte gjenstander vil også falle eller stige i verdi med tiden.

¹³⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

Aksjer som ble kjøpt for 500.000 kroner kan ha enten lavere eller høyere verdi når de gis bort fem år senere. Å ta utgangspunkt i den opprinnelige verdi vil være villedende med mindre anskaffelsen og bestikkelsen skjer på samme dag. Utgangspunktet bør derfor være markedsprisen til fordelens når den blir gitt eller tilbudt.

Imidlertid kan den reelle verdien for mottakeren være høyere enn markedsprisen. I Ullevål-saken¹³⁶ var fordelene henholdsvis en jakttur til Kiruna hvor reise og opphold for mottakeren beløp seg til minst 9.500 kroner, og en golfstur til Malaga hvor reise og opphold beløp seg til minst 11.500 kroner. Om disse fordelene uttalte retten at det i utgangspunktet ”er vanskelig å se slike opplevelsesturer som ”mindre verdifulle gaver”, selv om den økonomiske verdien i seg selv ikke er så høy for hver av dem”. Retten uttalte at ”både jakt og golf ble opplyst å være tiltaltes store fritidsinteresser, og reisene var uten tvil tilpasset hans personlige ønsker”.

Retten la betydelig vekt på at verdien av reisene ville blitt høyere for en privatperson som måtte ha betalt reisen av sin egen nettoinntekt. Den reelle verdien av gavene var derfor høyere enn verdien som fremgikk av tiltalen. Avgjørelsen viser at dette kan ha betydning i tvilstilfeller hvor verdien er lav, og at flere forhold kan være relevante i vurderingen av fordelens økonomiske verdi.

I tilfeller hvor den passive bestikker har gitt tilbake deler av ytelsen til giveren før saken ble avdekket, er spørsmålet om dette skal trekkes fra ved beregningen av fordeles verdi. Spørsmålet var oppe i Undervisningsbygg-saken. Eiendomssjefen i Undervisningsbygg hadde tilbakebetalt deler av pengene til bestikkeren før forholdet ble oppdaget, og spørsmålet var om dette beløpet skulle trekkes fra ved beregningen av fordelens verdi. Retten anså det slik at ”hans disposisjoner med hensyn til de midler han har mottatt som utilbørlig fordel ikke kan komme til fradrag i korrupsjonsbeløpet når han faktisk har mottatt dem”.¹³⁷ Eventuelle disposisjoner etter mottakelsen er derfor irrelevant ved fastsettelsen av fordelens økonomiske verdi. At fordelens går tapt eller gis bort er ikke avgjørende.

¹³⁶ TOSLO-2005-134006.

¹³⁷ Oslo tingretts dom av 19.10.2007 side 37.

Videre må det undersøkes om den passive bestikker har betalt for fordelene og i tilfellet hvor mye og når. Dersom mottakeren ikke har betalt for fordelene, er verdien lik markedsverdien. Dersom bestikkeren har gitt mottakeren en form for rabatt, er fordelens verdi lik differansen mellom markedsverdien og mottakerens betaling. Hvis mottakeren har betalt for fordelene, må det undersøkes om når betalingen fant sted. Som nevnt tidligere må det være irrelevant ved beregningen av verdien at den passive bestikker har betalt noe tilbake før forholdet ble kjent. At mottakeren har hatt til hensikt å betale bør derfor ikke tillegges særlig vekt. Det fremgår av Ullevål-saken at også utilbørlige lån omfattes av bestemmelsen.¹³⁸

I utgangspunktet vil det foreligge et ordinært kjøp og ikke korrupsjon dersom mottakeren har betalt markedspris for fordelene. Imidlertid kan det tenkes at fordelene er et knapphetsgode hvor mottakeren gjerne betaler full pris. Sjeldne gjenstander kan påvirke mottakeren og derfor være effektive bestikkelser.

Det uttales i forarbeidene at fordelene ikke er utilbørlig dersom ”den må regnes som et naturlig uttrykk for anerkjennelse av utført arbeid”.¹³⁹ I praksis forekommer det imidlertid både fiktive fakturaer og overfakturerings. Ved utstedelse av fiktive fakturaer er intet arbeid utført, og fordelens verdi må dermed settes til beløpet på fakturaen. I den siste Undervisningsbygg-saken¹⁴⁰ tappet en prosjektleder Undervisningsbygg for penger ved hjelp av flere leverandører. En snekker fikk en tilståelsesdom på halvannet års fengsel (åtte måneder betinget) for grovt underslag. Snekkeren skrev ut 64 fiktive fakturaer til Undervisningsbygg på til sammen 2,9 millioner kroner i samarbeid med prosjektlederen, og delte pengene med han. Fordelens verdi er dermed summen av de fiktive fakturaene. Ved overfakturerings må fordelens verdi settes til differansen mellom beløpet på fakturaen og verdien på det faktisk utførte arbeid. Det kan være svært vanskelig å beregne verdien til det som er utført, men det kan være veiledende å se på hva andre krever av betaling for samme type arbeid. I Statoil Melkøya-saken sørget innkjøperen for at overfaktureringsen av

¹³⁸ TOSLO-2005-134006.

¹³⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁴⁰ Oslo tingretts dom av 14.08.2008.

Statoil tilfalt leverandøren. Leverandøren fakturerte Statoil for 114.200 kroner, selv om markedsverdien var på 54.800 kroner. Som retten uttalte fikk ”Statoil en merkostnad på 59.400 kroner”, mens leverandøren fikk en ”tilsvarende inntekt”. Fordelens verdi ble satt til differansen mellom markedspris og vederlag.¹⁴¹

Hver enkelt fordel må vurderes isolert sett. Dette gjelder ikke bare hvor samme mottaker får fordeler fra forskjellige bestikkere, men også der hvor fordelene stammer fra samme bestikker. Unntak gjelder dersom det foreligger et fortsatt straffbart forhold. I Ullevål-saken fikk eiendomssjefen i perioden mars til august 2004 utbetalt 180.000 kroner fra samme leverandør, og retten uttalte at ”beløpene må ses i sammenheng”.¹⁴² Bestemmelsen hindrer dermed omgåelsesmuligheter ved å dele opp et større beløp i flere små overføringer.

5.5.4 Formålet bak ytelsen

Formålet bak ytelsen vil i følge forarbeidene ofte være et sentralt moment i utilbørighetsvurderingen, noe som tilsier at lovgiver anser momentet som tungtveiende både isolert sett og i forhold til andre relevante momenter.¹⁴³ Dersom det kan bevises at formålet med ytelsen var å påvirke utøvelsen av den passive bestikkers ”stilling, verv eller oppdrag”, må fordelene normalt anses utilbørlig. Dette forutsetter likevel at den passive bestikker forstod dette, eller i det minste holdt det for overveiende sannsynlig, jfr. straffeloven §§ 40 første ledd og 42 første ledd. Imidlertid kan dette ikke være avgjørende for den aktive bestikkers strafferettslige stilling. Dersom den aktive bestikker beviselig har hatt onde hensikter med ytelsen, kan han straffes selv om den passive bestikkeren etter omstendighetene kan gå fri fordi han ikke innså denne hensikten.¹⁴⁴ Som nevnt er aktiv og passiv korrupsjon selvstendige forbrytelser, og den aktive og den passive bestikker straffes

¹⁴¹ Oslo tingretts dom av 01.10.2007.

¹⁴² TOSLO-2005-134006.

¹⁴³ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁴⁴ Stoltenberg side 79.

uavhengig av hverandre. Hvorvidt formålet med ytelsen er å påvirke den passive bestikker eller ikke, kan i praksis være vanskelig å bevise. Ofte må flere momenter tas i betraktning før man endelig kommer frem til om formålet var å påvirke mottakeren.

I Agder Energi-saken ble formålet bak ytelsen særskilt vektlagt.¹⁴⁵ Tidligere divisjonsdirektør i Agder Energi ble dømt til 90 dagers fengsel og inndragning av 113.850 kroner for korrupsjon. Divisjonsdirektøren skal, mens han selv var ansatt i Agder Energi, ha levert og fakturert tjenester via en underleverandør. Underleverandøren ble betalt 500 kroner pr time, mens Agder Energi betalte 950 kroner pr time. Mellomlegget på 450 kroner pr time gikk til divisjonsdirektørens selskaper. Lagmannsretten la vekt på at ”tiltaltes formål... var åpenbart å skaffe seg selv, direkte eller indirekte, en uberettiget økonomisk fordel”.

Når den aktive bestikker gir noen en utilbørlig fordel i anledning vedkommendes stilling, verv eller oppdrag, skyldes dette normalt et ønske om å oppnå noe for seg selv eller andre. Fordelen vil normalt fremstå som en motytelse for noe den passive bestikker skal gjøre eller unnlate å gjøre i forbindelse med utøvelsen av stillingen, vervet eller oppdraget. Spørsmålet er dermed om det er et krav at bestikkeren har hatt til formål å påvirke den passive bestikker, og om fordelene kun er utilbørlig dersom den aktive bestikker oppnår noe ved bestikkelsen.

Ordlyden i straffeloven § 276 a tilsier at bestemmelsen også omfatter tilfeller hvor bestikkerens formål ikke kan bevises eller hvor det ikke ytes en gjengjeldelse til den aktive bestikker. Slike tilfeller omtales som ”smøring”.

I Straffelovrådets utkast legges det opp til at den aktive bestikker bare kan straffes hvor bestikkelsen er gitt, tilbudt eller lovet noen ”for å oppnå en ytelse for seg selv eller andre”.¹⁴⁶ Departementet anså det unødvendig å innføre et slikt krav i bestemmelsens ordlyd,

¹⁴⁵ LA-2007-149713.

¹⁴⁶ NOU 2002:22 side 42.

det er dermed nok at en ”utilbørlig fordel” ytes i anledning av den passive bestikkers ”stilling, verv eller oppdrag”. På denne måten gjøres det klart at også rene tilfeller av ”smøring” omfattes av straffebudet, dersom de øvrige vilkårene er oppfylt.

Fesil-saken¹⁴⁷ gir et eksempel på at straff også kan anvendes selv om bestikkeren ikke oppnår noe ved bestikkelsen. Spørsmålet i saken var blant annet om det kan og må opereres med et krav om at den som bestikker gjør dette for selv å motta en fordel, motytelse eller annet til gjengjeld. Saken dreide seg om finansieringen av en hestevogn, hvor påtalemyndigheten mente det forelå en fiktiv avtale som innebar at den tidligere styrelederen og konserndirektøren urettmessig mottok en kombinert bo- og hestetilhenger til en verdi av 1,4 millioner kroner. En person som drev et entreprenørfirma bestilte en bo- og hestetilhenger og leverte den privat til styrelederen. Tilhengeren ble finansiert ved at entreprenøren sendte fiktive fakturaer til styrelederens selskap. Det kunne vanskelig bevises at entreprenøren hadde som formål å oppnå noe fra styrelederen, eller at han fikk noe til gjengjeld.

Lagmannsretten påpekte at det fra departementets side er foretatt ”et bevisst valg når krav om at formålet for den aktive bestikker er å oppnå motytelse, ble tatt ut av forslaget til lovtekst”. Etter lagmannsrettens oppfatning kan det dermed ikke ”i det objektive gjerningsinnhold tolkes inn et vilkår om at bestikkerens motiv må være å oppnå en form for motytelse”. Retten uttaler videre at ”det er således også hjemmel for å ramme den som yter en annen en utilbørlig fordel i anledning av stilling, verv eller oppdrag, uten at det kan påvises noe motiv for dette”.

Bestikkerens formål med ytelsen kan være vanskelig å bevise. Av den grunn bør det ikke innfortolkes et krav om motytelse i gjerningsbeskrivelsen. Hensynet til et effektivt vern mot korrupsjon tilsier at også smøring må omfattes, både i privat og offentlig sektor.

¹⁴⁷ LH-2007-158006.

Som nevnt vil bestikkerens formål være et sentralt moment i utilbørighetsvurderingen. Siden formålet bak ytelsen kan være vanskelig å bevise, må bestikkerens motiv vurderes etter en helhetsvurdering. Spørsmålet må ofte avgjøres på grunnlag av ”slutninger fra de ytre omstendigheter”.¹⁴⁸ Karakteren av den ytelse som gis, og den sammenheng den er gitt i, vil ha vesentlig vekt i vurderingen. Fordelens art og tidspunktet for ytelsen før derfor tillegges særlig vekt.

5.5.5 Overtredelse av interne retningslinjer og retningslinjer utarbeidet av bransjeorganisasjoner

Overtredelse av bedriftens interne retningslinjer og overtredelse av retningslinjer utarbeidet av bransjeorganisasjoner, vil være relevante momenter ved utilbørighetsvurderingen.¹⁴⁹

Det fremgår av forarbeidene at dersom en ansettelses- eller oppdragsavtale gir retningslinjer om hvilke gaver eller andre fordeler den ansatte eller oppdragstakeren kan motta, vil innholdet i avtalen tillegges vesentlig betydning i utilbørighetsvurderingen. Det samme gjelder for interne retningslinjer i den enkelte bedrift, organisasjon eller etat.¹⁵⁰ Men brudd på interne regler eller retningslinjer gjør ikke uten videre fordelen utilbørlig. I slike situasjoner må det samlet sett foreligge et klart klanderverdig forhold for at korrupsjonsbestemmelsen skal kunne anvendes. Videre uttaler forarbeidene at det kan være ”grunn til å legge vekt på” om retningslinjer utarbeidet av bransjeorganisasjoner er brutt.

Det er etter hvert blitt svært vanlig at bedrifter og foretak utarbeider interne retningslinjer angående hvilke fordeler de ansatte har anledning til å gi eller motta i tjenesten.

I de tilfeller hvor gjerningspersonen ikke kjente til interne og /eller generelle retningslinjer, må eventuelt brudd tillegges mindre vekt. Imidlertid kan dette skape omgåelsesmuligheter i

¹⁴⁸ Rt.1993 side 927 – Oslo-korrupsjonssaken. Gjaldt korrupsjon i forhold til utroskapsbestemmelsene i tidligere straffeloven §§ 275 og 276.

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

praksis, da gjerningspersonen i ettertid kan hevde at retningslinjene var ukjente. De reelle forhold må derfor kartlegges, basert på en helhetsvurdering. I utgangspunktet plikter enhver arbeidstaker å sette seg inn i retningslinjene som gjør seg gjeldende på arbeidsplassen.

I de tilfeller hvor gjerningspersonen kjente til interne og/eller generelle retningslinjer, må eventuelt brudd være et moment av særlig vekt for at det foreligger et straffbart forhold. I Ullevål-saken slo tingretten fast at eiendomssjefen brøt det interne etiske regelverket ved Universitetssykehuset da han benyttet seg av reisene betalt av leverandørene. I følge det interne regelverket ved Ullevål Universitetssykehus skal ikke de ansatte foreta seg noe som kan påvirke handlinger, saksforberedelse eller vedtak. I tillegg henviser retten til en veileder utarbeidet av NHO der det fremgår at kostbare reiser, med lite faglig innhold, som betales av andre enn bedriften selv, er utilbørlig.¹⁵¹

Dersom det ikke er utviklet interne retningslinjer for hvilke fordeler en arbeids- eller oppdragstaker har anledning til å motta, må det ses hen til hva som er sedvanlig innenfor det aktuelle virksomhetsområde. Forarbeidene påpeker imidlertid at det ikke skal være til hinder å straffeforfølge tilfeller hvor det har dannet seg en "ukultur" i form av en aksept av utilbørlige fordeler.¹⁵² Sedvane på det aktuelle område utgjør et sentralt moment i utilbørlighetsvurderingen, men er ikke avgjørende for hvor grensen for det utilbørlige skal trekkes. I Oslo-korrupsjonssaken uttaler Høyesterett: "Jeg kan ikke se at bedømmelsen (av hva som skal anses urettmessig) her blir noen annen om det i den offentlige etat der er tale om, hersker en "*subkultur*" hvor spesielle ytelser til de offentlige ansatte er blitt oppfattet som "*en naturlig del av det forretningsmessige samarbeid*". Det avgjørende er om det foreligger personlige fordeler for tjenestemannen som er *egnet til å virke influerende på ham*".¹⁵³ Dersom interne retningslinjer eller sedvane strider mot de hensynene som ligger bak korrupsjonsbestemmelsen, må slik praksis kunne settes til side.

¹⁵¹ TOSLO-2005-134006.

¹⁵² Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁵³ Rt.1993 side 927.

5.5.6 Grad av åpenhet

Åpenhet i forhold til arbeids- eller oppdragsgiver vil ofte innebære at en fordel ikke kan betraktes som utilbørlig. I privat virksomhet vil det sjelden være naturlig å karakterisere selv en verdifull gave som utilbørlig, dersom arbeids- og oppdragsgiver er gjort kjent med den. I offentlig sektor kan det derimot lettere tenkes at en fordel må sies å være utilbørlig selv om mottakeren har gjort sine overordnede kjent med at den ytes.¹⁵⁴ I Agder Energi-saken uttalte lagmannretten at ”*graden av åpenhet er et vesentlig moment i utilbørlighetsvurderingen*”.¹⁵⁵ Retten fant det bevist at fordelene var ukjent for tiltaltes overordnede, og dommen tilsier at dersom fordelene blir gitt i skjul, er det moment som trekker i retning av at fordelene er utilbørlig.

Et annet eksempel der retten vektla tiltaltes åpenhet om fordelene, er den såkalte Screen Communication-saken.¹⁵⁶ To kundeforbindelser mottok blant annet en reise til Østerrike, uten å betale vederlag. Den ene hadde informert sin overordnede både før og etter at reisen var gjennomført. Den andre hadde unnlatt å informere sin arbeidsgiver. Førstnevntes åpenhet var et viktig moment for at han ble frikjent for korrupsjon på dette punktet. For den andre var derimot mangelen på åpenhet et moment i skjerpende retning.

Imidlertid medfører ikke åpenhet ovenfor overordnede eller andre nødvendigvis at forholdet ikke er straffbart. Åpenhetsmomentet vil avhenge av hvem åpenheten har vært overfor og hvordan det har skjedd. Åpenhet i forhold til en arbeidskollega er ikke tilstrekkelig. Samtykke fra en overordnet kan heller ikke alltid være avgjørende. I Forsvarsbygg-Onninensaken fikk bestikkeren samtykke fra sin sjef til å betale reisen til innkjøperen, men retten fant ikke dette ”*særlig formildende*”.¹⁵⁷ Straffbarheten avhenger dermed av de øvrige omstendighetene i hvert konkret tilfelle. Selv om åpenhet er et tungtveiende moment i utilbørlighetsvurderingen, kan ikke momentet isolert sett medføre

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁵⁵ LA-2007-149713.

¹⁵⁶ TOSLO-2008-32091.

¹⁵⁷ Toten tingretts dom av 26.04.2006.

straff dersom forholdet for øvrig er såpass kritikkverdig at handlingen eller unnlatelsen rammer de interessene korrupsjonsbestemmelsene er ment å verne.

Man kan spørre om det er tilstrekkelig at det er åpenhet om forholdet innad i organisasjonen eller om det også må kreves åpenhet om forholdet utad. Svaret på dette må bero på hvilke interesser som kan ta skade av handlingen. I tilfeller hvor utelukkende den overordnede blir rammet av handlingen eller unnlatelsen, vil åpenhet i forhold til overordnede være tilstrekkelig. Hvis derimot konkurrenter, forbrukere eller allmennheten for øvrig risikerer å bli rammet, må det også kreves åpenhet utad. Forholdet må vurderes konkret.

Forutsetningen for at åpenhet i forhold til arbeids- eller oppdragsgiver skal gjøre fordelen tilbørlig, må naturligvis være at orienteringen gis før fordelen gis eller mottas. Det er også gode grunner for, og i samsvar med prinsippet om at straffbarhetsvilkårene må vurderes med utgangspunkt i fullbyrdelsestidspunktet, at åpenheten må være ivaretatt før tilbudet om fordelen aksepteres.

5.5.7 Partenes stilling og posisjon

Utfallet av utilbørighetsvurderingen vil kunne avhenge av den aktive og den passive bestikkers stilling og posisjon, samt av forholdet dem imellom.¹⁵⁸ Personer som utøver kontrollfunksjoner må finne seg i å være underlagt en streng norm. Jo strengere lojalitetsplikt, desto sterkere gjør behovet for tillitt seg gjeldende. I Agder Energi-saken la lagmannsretten vekt på at ”Agder Energi hadde engasjert tiltalte i en for firmaet *viktig og betrodd stilling*”.¹⁵⁹ Dette var et moment for at retten vurderte tiltaltes handlemåte som utilbørlig.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

¹⁵⁹ LA-2007-149713.

Omvendt kan relativt verdifulle gaver være akseptable i situasjoner hvor andre personer i andre stillinger og posisjoner er involvert. Ansatte i serviceyrker vil ofte kunne motta relativt verdifulle gaver fra kunder, uten at dette kan sies å være utilbørlig.¹⁶⁰

5.5.8 Tolkningsresultatet

Avgjørelsen av om en ”fordel” er ”utilbørlig” beror på en konkret helhetsvurdering. Som nevnt er ikke de overnevnte momentene uttømmende. Det er praktisk umulig å nevne alle momenter som kan være relevante i helhetsvurderingen. Dette vil variere i hver enkelt sak.

Flere av momentene er isolert sett tungtveiende. Disse kan imidlertid trekke i forskjellige retninger, og spørsmålet er dermed om hva som er utslagsgivende i tvilstilfeller. Hvert enkelt moment vil kunne variere etter hvilke andre momenter som kan legges til grunn i saken. Hensynene bak bestemmelsen og formålsbetraktninger vil alltid være vektige faktorer, og gjør seg særlig gjeldende i tvilstilfeller. Fordeler som utgjør en trussel mot de interessene korrupsjonsbestemmelsen er ment å verne, vil i de fleste tilfeller omfattes av straffeloven § 276 a. Det kreves tungtveiende grunner for ikke å finne slike tilfeller utilbørlige.

¹⁶⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 55.

6 Utilbørighetsvurderingen i internasjonale forhold - særlig om såkalte ”facilitation payments”

Forretningsmoral og forvaltningsskikk kan variere fra land til land, og enkelte land aksepterer i større grad smøring og bestikkelser enn andre. Dermed oppstår spørsmålet om utilbørighetsvurderingen er den samme, eller om den varierer med hvilke lokale kulturer man står overfor.

I forarbeidene fremgår det at lokale kulturer bør ha betydning ved utilbørighetsvurderingen. Det heter at vurderingen ”etter departementets oppfatning *ikke kan stå upåvirket av forholdene i et annet land hvor bestikkelsen mottas eller ytes, eller hvor den passive bestikkeren har sitt virke*”.¹⁶¹ Etter ikrafttreddelsen av FN-konvensjonen mot korrupsjon som etablerer en global standard for kriminalisering av korrupsjonshandlinger, må imidlertid lokale kulturforskjeller antas å bli mindre betydningsfulle.

Også såkalte ”facilitation payments” i utlandet vil i utgangspunktet anses som utilbørlige.¹⁶² Dette beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering av det enkelte tilfelle, hvor blant annet de ovennevnte momenter tas i betraktning. Men en del slike betalinger vil nærmest ha karakter som utpressing. Hvis en person ser seg tvunget til å betale en utenlandsk offentlig tjenestemann et mindre beløp for å få tilbake passet sitt eller for å reise ut av landet, vil man ikke karakterisere betalingen som utilbørlig. Generelt sett fremgår det av forarbeidene at ”terskelen for å reagere med straff overfor betalinger som ytes for at betaleren skal oppnå noe han eller hun har rettskrav på, *bør være høy*”.¹⁶³

¹⁶¹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 56.

¹⁶² Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 56.

¹⁶³ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 36.

7 Kilderegister og litteraturliste

7.1 Lovregister

7.1.1 Norske lover

Grunnloven, Lov 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov

Markedsføringsloven, Lov av 16. juni 1972 nr. 47 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår

Skadeerstatningsloven, Lov av 13. juni 1969 nr. 26 Lov om skadeerstatning

Skatteloven, Lov 18. august 1911 nr. 8 Lov om skatt av formue og inntekt

Skatteloven, Lov 26. mars 1999 nr. 14 Lov om skatt av formue og inntekt

Straffeloven, Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov

Straffeloven, Lov 20. mai 2005 nr 28 Lov om straff

Tjenestemannsloven, 4. mars 1983 nr. 3 Lov om statens tjenestemenn

7.1.2 Konvensjoner og konvensjonsforarbeider

Konvensjoner:

OECD-konvensjonen mot bestikkelse av offentlige tjenestemenn i internasjonale forretningstransaksjoner av 21. november 1997.

OECD-convention on Combating Bribery in International Business Transactions.

Europarådets strafferettlige konvensjon mot korrupsjon av 4. november 1998.

Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption.

Europarådets sivilrettlige konvensjon om korrupsjon av 27. januar 1999.

Council of Europe: Civil Law Convention on Corruption.

De forente nasjoners (FN) konvensjon om korrupsjon 31. oktober 2003.

United Nations Convention against Corruption.

Konvensjonsforarbeider:

Forklarende merknader til OECD-konvensjonen mot bestikkelse av offentlige tjenestemenn i internasjonale forretningsforbindelser.

Commentaries on the OECD-convention on Combating Bribery

Forklarende rapport til Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon.

Explanatory Report to the Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption.

7.1.3 Lovforarbeider

NOU 2002:22 En alminnelige straffebestemmelse mot korrupsjon

Ot.prp.nr.53 (1992-1993) Straffeloven mv (hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger)

Ot.prp.nr.78 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)

Innst.O.nr.105 (2002-2003) Innstilling fra justiskommiteen om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)

Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

7.1.4 Rettspraksis

Publiserte avgjørelser:

Rt.1993 s. 927 – Oslo-korrupsjonssaken

Rt.1994 s. 203 –

Rt.1997 s. 1637 -

Rt.2001 s. 227 – Statoil-saken

Rt.2005 s. 1628 –

Rt.2008 s.1473 – Undervisningsbygg

Agder lagmannsrett 05.03.2008 – LA-2007-149713 – Agder Energi

Borgarting lagmannsrett 04.02.2005 – LB-2004-25539 – Det norske Veritas

Borgarting lagmannsrett 25.02.2008 – LB-2007-6315-2 - Ullevål

Hålogaland lagmannsrett 25.08.2008 – LH-2007-158006 – Fesil

Oslo tingrett 27.10.2005 – TOSLO-2005-134006 – Ullevål

Oslo tingrett 13.06.2008 – TOSLO-2008-32091 – Screen Communication

Oslo tingrett 09.12.2005 - TOSLO-2004-59280 – Røde Kors

Upubliserte avgjørelser:

Toten tingretts dom av 26. april 2006 – Forsvarsbygg-Onninen

Rana tingretts dom av 27. september 2007 – Fesil

Oslo tingretts dom av 19. oktober 2007 – Undervisningsbygg

Oslo tingretts dom av 14. august 2007 - Undervisningsbygg

Nedre Romerrike tingretts dom av 14. februar 2008 – Nedre Romerrike vannverk

Hammerfest tingretts dom av 1. oktober 2008 – Statoil-Melkøya

Sør-Trøndelag tingretts dom av 29. mai 2008 – Au-pair

Oslo tingretts dom av 27. januar 2009 – Ullevål

7.2 Litteraturliste

7.2.1 Bøker

Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2005.

Andenæs, Johs.: *Spesiell strafferett og formueforbrytelsene*, samlet utgave v/Kjell V.

Andersen, 1. utgave, Oslo 2008.

Bratholm, Anders og Magnus Matningsdal: *Straffeloven kommentarutgave, Anden del, Forbrydelser*. Studentutgave, Oslo Universitetsforlaget 1997.

Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001.

Eskeland, Ståle: *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006.

Gedde-Dahl, Siri, Anne Hafstad og Alf Endre Magnussen: *Korrupsjon i Norge*, Oslo 2008.

Holvik, Jan E.: *Bestikkelsen – en vurdering av det strafferettslige ansvar for den aktive part, bestikkeren, når bestikkelsen har blitt betalt i utlandet*. Oslo 1997.

Stordrange, Bjørn: *Forbrytelser mot vårt økonomiske system. Utroskap, bestikkelser og investorbedrageri*, 2. utgave, Oslo 2007.

Thrap-Meyer, Robin: *Om straffelovens §§ 112 og 113. En studie av korrupsjon som strafferettslig problem*. Oslo 2001.

7.2.2 Artikler

Stoltenberg, Lars og Trond Eirik Schea: *Fra Økokrim: Straffebudene mot korrupsjon – Utilbørighetsvilkåret*. Tidsskrift for strafferett årg. 7 nr. 1 2007 side 76-83.

Graver, Hans Petter: *Internasjonale konvensjoner som rettskilde*. Lov og rett 2003 side 468 flg.

7.2.3 Andre kilder

Internettsider:

Gyldendals lovkommentar til straffeloven – www.rechtsdata.no

Lovdata – www.lovdata.no

Transparency International – www.transparency.org

Økokrim – www.okokrim.no

NHO: ”Avdekking og forebygging av korrupsjon i offentlig sektor”. Seminar 27.10.2009.

